

الكتاب في الشريعة والقانون

مكتبة طائر الذاكرة  
في الشريعة والقانون

في الشرائع والقوانين والأعراف  
خلال أربعة آلاف سنة

الدكتور  
مصطفى إبراهيم الزبيدي  
الأستاذ المتميز في الشريعة والقانون

الطبعة الأولى ٢٠١٤

# مدى سلطان الإرادة في الطلاق

في الشرائع والقوانين والأعراف خلال أربعة آلاف سنة

تأليف

الدكتور مصطفى إبراهيم الزلي

الاستاذ المتمرس في الشريعة والقانون



طبعت على نفقة  
السيد رئيس وزراء حكومة اقليم كردستان العراق  
الاستاذ نيجيرفان البارزاني المحترم

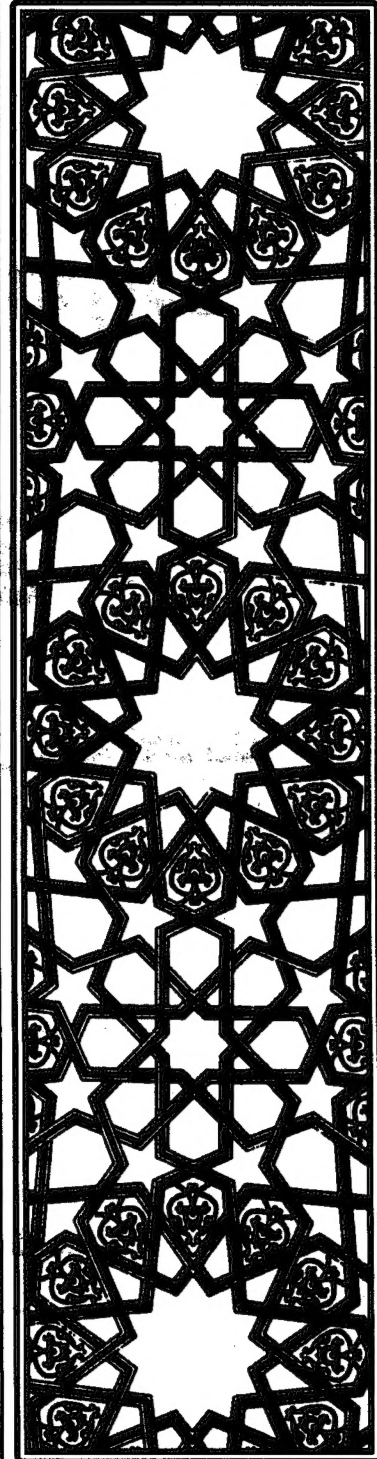
## مدى سلطان الإرادة في الطلاق في الشرائع والقوانين والأعراف

تأليف : البروفيسور مصطفى ابراهيم الزلمي  
الناشر: نشر احسان للنشر و التوزيع  
الطبعة الأولى ٢٠١٤ - ١٤٣٥  
مدير المشروع: ريدار رؤوف احمد  
تصميم : جمعة صديق كاكه  
المشرف على الطبع: ياسر يعقوبي

رقم الإيداع : ١٥٦٢ - ١٩٨٤  
رقم الدولي (ISBN) للمجموعة:  
978-600-349-008-6  
رقم الدولي (ISBN) للكتاب:  
978-600-349-006-2

الموقع: <http://zalmi.org/arabic>  
الايمل: [dr.alzalmi@gmail.com](mailto:dr.alzalmi@gmail.com)  
فيسبوك: [facebook.com/dr.alzalmi](https://www.facebook.com/dr.alzalmi)

يمنع طبع أو اخراج هذا الكتاب أو أي جزء منه بأي شكل من اشكال الطباعة أو  
النسخ أو التصوير أو الترجمة الي أي لغة، إلا بأذن خطي من المؤلف



﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا  
تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾

سورة النساء: ٣٤

(أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ)

رواه ابن ماجه: ٢٠٠٨



## الفهرس

١٩	..... مقدمة الطبعة الرابعة:
٢٥	..... المقدمة
٢٧	..... أهمية الموضوع:
٢٨	..... خطة البحث:
	<b>الباب الأول</b>
٢٩	..... الطلاق لدى بعض الأمم القديمة
٣١	..... الفصل الأول: الطلاق في وادي الرافدين
٣٣	..... المبحث الأول: الطلاق في قانون أورنمو
٣٥	..... المبحث الثاني: الطلاق في قانون (ليت - عشتار)
٣٧	..... المبحث الثالث: الطلاق في قانون اشنونا
٣٧	..... أولا - الطلاق دون سبب:
٣٨	..... ثانيا - الفسخ بالغياب:
٣٩	..... المبحث الرابع: قانون حمورابي
٤٠	..... فرق الزواج في قانون حمورابي:
٤٠	..... أولا - الطلاق:
٤٠	..... أ - الطلاق بتقصير من الزوج
٤٠	..... ب - الطلاق بتقصير من الزوجة:
٤١	..... ج - الطلاق بسبب العقم:
٤١	..... د - الطلاق قبل الزفاف:
٤٢	..... ثانيا - فسخ الزواج بالغياب:
٤٣	..... ثالثا - الفرقة بالتحكيم:
٤٤	..... رابعا - الفرقة بالعلل:
٤٤	..... خامسا - الفرقة بالمصاهرة:
٤٦	..... المبحث الخامس: الطلاق في القانون الهيثي
٤٧	..... المبحث السادس: الطلاق في القوانين الآشورية الوسيطة والقضاء العراقي القديم
٤٧	..... أ- الطلاق في القوانين الآشورية الوسيطة:
٤٩	..... ب- الطلاق في القضاء العراقي القديم:

٤٩	الاستنتاج:
٥١	الفصل الثاني: الطلاق في وادي النيل (٣٠٠-٣٠٠ ق.م.)
٥١	صيغة الزواج:
٥١	مشروعية الطلاق:
٥٢	ندرة الطلاق:
٥٢	حق الطلاق للزوجة:
٥٣	حق الزواج من الأقارب:
٥٣	النظام المالي للزوجين:
٥٤	عهد الاضمحلال وحرية الإرادة في الطلاق:
٥٥	الفصل الثالث: الطلاق في الشرق الأقصى
٥٦	المبحث الأول: الطلاق الهندي القديم
٥٦	الزواج الهندي القديم:
٥٨	الطلاق في تعاليم وتقاليد الهندوكيين:
٥٨	الطلاق في تشريع مانو:
٥٩	احراق الزوجة مع زوجها بعد مماته:
٦٠	حسن التعامل مع المرأة في التعاليم الهندية:
٦٠	الاستنتاج:
٦١	المبحث الثاني: الطلاق الصيني القديم
٦١	الزواج الصيني القديم:
٦٢	مركز الزوجة الصينية:
٦٣	الطلاق الصيني القديم:
٦٤	المبحث الثالث: الطلاق الفارسي القديم
٦٥	الزواج الفارسي القديم:
٦٥	الطلاق الفارسي القديم:
٦٧	المبحث الرابع: الطلاق في اليابان
٦٧	الديانة:
٦٧	الزواج:
٦٨	الطلاق:
٧١	الفصل الرابع: الطلاق في أوروبا
٧٢	المبحث الأول: الطلاق في اليونان
٧٢	الزواج:



٧٣	..... مراسم الزواج:
٧٣	..... تعدد الزواج:
٧٤	..... الفرع الأول: الطلاق لدى اليونان في العصر القديم
٧٥	..... اهم اسباب الطلاق في هذا العصر
٧٦	..... الفرع الثاني: الطلاق في العصر الوسيط
٧٧	..... حق الزوجة في الطلاق
٧٧	..... الطلاق باتفاق الطرفين
٧٨	..... الفرع الثالث: الطلاق لدى اليونان في العصر الحديث
٧٨	..... ١- الزنا
٧٩	..... ٢- تعدد الزواج
٧٩	..... ٣- محاولة الاعتداء على الحياة
٧٩	..... ٤- الهجر المتعمد
٨٠	..... ٥- تصدع الرابطة الزوجية
٨٠	..... ٦- المرض العقلي
٨٠	..... ٧- الجذام
٨١	..... ٨- الغيبة
٨١	..... ٩- العجز الجنسي
٨٣	..... المبحث الثاني: الطلاق عند الرومان
٨٣	..... الزواج الروماني
٨٣	..... ١- الزواج بالسيادة
٨٣	..... أ - الطريق الديني
٨٤	..... ب - طريق الشراء (الزواج المدني)
٨٤	..... ج - الزواج بطريق المعاشرة
٨٤	..... ٢- الزواج بلا سيادة (الزواج العرفي)
٨٥	..... الفرع الأول: الطلاق في العصر القديم
٨٧	..... الفرع الثاني: الطلاق في العصر الكلاسيكي
٨٩	..... الفرع الثالث: الطلاق في عهد الامبراطورية السفلى
٨٩	..... أ - عهد قسطنطين
٩٠	..... ب - عهد جوليانوس
٩٠	..... ج - عهد تيودوزيوس وفانتيانوس:
٩٢	..... د - عهد جوستنيان

٩٢	١- الطلاق لسبب مشروع.....
٩٣	٢- الطلاق بلا مبرر شرعي.....
٩٤	٣- الطلاق المباح.....
٩٤	٤- الطلاق باتفاق الزوجين.....
٩٧	الفصل الخامس: الطلاق عند العرب قبل الاسلام.....
٩٨	المبحث الأول: الزواج وانواعه عند العرب قبل الاسلام.....
٩٨	شروط الزواج.....
٩٨	أ - الرضا.....
٩٩	ب - المهر.....
٩٩	محرمات الزواج.....
٩٩	شكلية الزواج.....
١٠٠	تعدد الزوجات.....
١٠١	انواع الزواج.....
١٠١	أ - الزواج المتعارف في الوقت الحاضر.....
١٠١	ب - زواج المقت.....
١٠٢	ج - زواج الظغينة.....
١٠٢	د - زواج المتعة.....
١٠٣	هـ - زواج الشغار.....
١٠٣	آثار الزواج.....
١٠٤	المبحث الثاني: طرق أنقضاء الزواج عند العرب قبل الاسلام.....
١٠٤	أولا - الطلاق:.....
١٠٥	عدد الطلاق:.....
١٠٧	ثانيا - الخلع:.....
١٠٧	ثالثا - الايلاء:.....
١٠٨	رابعا - الظهار:.....
١٠٩	خامسا - السبي:.....
١٠٩	سادسا - أنقضاء الزواج الموقت بانتهاء المدة:.....
١٠٩	سابعا - تطليق الزوجة لزوجها:.....
١١٠	طريقة تطليق الزوجة لزوجها:.....
	الباب الثاني
١١١	الطلاق في التعاليم الموسوية ١٢٠٠ ق.م تقريبا.....



١١٣	حكم الطلاق عند اليهود
١١٤	المذهبان اليهوديان (القراؤون والريانيون)
١١٥	الفصل الأول: الطلاق في مذهب القرائين شروطه وأسبابه الإلزامية
١١٦	المبحث الأول: شروط الطلاق
١١٦	الشرط الأول: الصيغة
١١٦	الشرط الثاني: المسوغ
١١٦	العيوب:
١١٧	مسوغات الطلاق من هذه العيوب
١١٧	الشرط الثالث: تدخل المحكمة
١١٨	الشرط الرابع: تسليم الوثيقة
١١٩	المبحث الثاني: أسباب الطلاق الإلزامية
١٢٠	التفريق القضائي
١٢٠	يحرم الزوج من حق التطليق في حالتين
١٢٠	الفصل الثاني: الطلاق في مذهب الريانيين شروطه. أسبابه الإلزامية. أثره على حقوق
١٢١	الزوجة
١٢٢	المبحث الأول: شروط الطلاق
١٢٢	الشرط الأول: الصيغة
١٢٢	الشرط الثاني: الوثيقة
١٢٣	الشرط الثالث: السلطة الشرعية
١٢٤	المبحث الثاني: أسباب الطلاق الإلزامية
١٢٥	هل للقضاء سلطة التفريق؟
١٢٦	يحرم الزوج من حق التطليق في حالات
١٢٧	المبحث الثالث: أثر الطلاق على حقوق الزوجة
١٢٨	المقارنة بين المذهبين
١٢٩	ملاحظاتنا على نظام الطلاق اليهودي
	<b>الباب الثالث</b>
١٣١	الطلاق في التعاليم المسيحية
١٣٣	المبادئ العامة المشتركة بين هذه المذاهب في الزواج
١٣٤	سلطان الإرادة في الطلاق لدى الشريعة المسيحية
١٣٥	الفصل الأول: الطلاق عند الكاثوليك
١٣٥	أولا - الزواج الصحيح المقرر غير المكتمل

- ١٣٥ ..... الحالة الأولى - دخول أحد الزوجين حياة الرهبانية
- ١٣٦ ..... الحالة الثانية - فسخ الزواج لسبب عادل
- ١٣٦ ..... ثانيا - الزواج الصحيح المقرر المكتمل
- ١٣٦ ..... التفريق الجشمانى
- ١٤١ ..... الفصل الثانى: الطلاق عند الأرثوذكس
- ١٤٣ ..... المبحث الأول: التطليق في تعاليم الأقباط الأرثوذكس
- ١٤٣ ..... أولا - الزنا:
- ١٤٣ ..... ثانيا - الرهينة<sup>(١)</sup>:
- ١٤٤ ..... ثالثا - الفية<sup>(١)</sup>:
- ١٤٥ ..... رابعا - الحكم على أحد الزوجين بعقوبة مقيّدة للحرية
- ١٤٥ ..... خامسا - المرض (الجنون، والأمراض المعدية، وغيرها)
- ١٤٦ ..... شروط التطليق للمرض
- ١٤٦ ..... سادسا - اعتداء أحد الزوجين على الآخر
- ١٤٧ ..... سابعا - افتراق الزوجين (الهجر والنفور)
- ١٤٨ ..... ثامنا - الخروج عن الدين المسيحى:
- ١٤٨ ..... آثار الطلاق عند الأقباط الأرثوذكس
- ١٤٩ ..... المبحث الثانى: انحلال الزواج عند الأرمن الأرثوذكس
- ١٤٩ ..... أ - الإبطال:
- ١٤٩ ..... ب - الطلاق:
- ١٥٠ ..... المبحث الثالث: انحلال الزواج عند السريان الأرثوذكس
- ١٥٠ ..... أ - الفسخ بالحكم
- ١٥١ ..... ب - الانفساخ تلقائيا
- ١٥١ ..... ج - التفريق الجشمانى
- ١٥٢ ..... آثار الفسخ والانفساخ
- ١٥٢ ..... آثار التفريق الجشمانى
- ١٥٣ ..... المبحث الرابع: انحلال الزواج عند الروم الأرثوذكس
- ١٥٣ ..... أولا - الإبطال
- ١٥٣ ..... ثانيا - الفسخ
- ١٥٤ ..... ثالثا - الطلاق
- ١٥٤ ..... آثار انحلال الزواج
- ١٥٥ ..... تقويم المذهب الأرثوذكسى



١٥٧	الفصل الثالث: الطلاق عند البروتستانت
١٦٠	تقويم المذهب البروتستانتي في الطلاق
	الباب الرابع
١٦١	الطلاق في الإسلام
١٦٣	الفصل الأول: الطلاق
١٦٤	المبحث الأول: تعريفه. مشروعيته. حكمه
١٦٤	تعريفه
١٦٦	الشرة التي تترتب على التفريق بين الطلاق البائن والرجعي
١٦٧	متى تعتبر الفرقة طلاقاً ومتى تكون فسخاً؟
١٦٨	الآثار المترتبة على الفرقة بين الطلاق والفسخ
١٦٩	ادلة مشروعية الطلاق
١٧٠	حكمه
١٧٦	المبحث الثاني: حكمة تشريع الطلاق
١٧٨	المبحث الثالث: من له حق الطلاق
١٧٨	١- الطلاق بيد المرأة وحدها
١٧٩	٢- بيد الرجل وحده
١٧٩	٣- بيد الرجل والمرأة معاً
١٨٠	٤- التطليق من المحكمة
١٨٠	٥- بيد الرجل واعطاء المرأة فرصاً عند الحاجة
١٨١	المبحث الرابع: خطوات الطلاق
١٨١	المرحلة الأولى: الموعظة (فَعْظُوهُنَّ)
١٨٢	المرحلة الثانية: الهجر في المضاجع (وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ)
١٨٢	المرحلة الثالثة: الضرب (وَأَضْرِبُوهُنَّ)
١٨٤	المرحلة الرابعة: الصلح (وَالصُّلْحُ خَيْرٌ)
١٨٥	المرحلة الخامسة: التحكيم (فَأَنْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا)
١٨٦	المرحلة السادسة: الطلاق للمرة الأولى
١٨٨	التزامات المطلِّق حين الطلاق
١٨٨	أولاً: التفريق بين الطلقات الثلاث وتوزيعها على ثلاث مرات
١٨٨	ثانياً: التوقيت
١٨٩	ثالثاً: عدم اخراجهن من بيت الزوجية
١٨٩	رابعاً: الاشهاد على الطلاق والرجعة

- خامساً: عدم اكراه الزوجة ..... ١٩٠
- المرحلة السابعة: التطليق مرة ثانية ..... ١٩٠
- المرحلة الثامنة: التطليق مرة ثالثة ..... ١٩١
- حكمة هذا الإجراء ..... ١٩١
- حكم التحليل ..... ١٩٢
- الفصل الثاني: صيغة الطلاق نطاقها. اقتنائها بالعدد. تعليقها والحلف بها ..... ١٩٧
- المبحث الأول: نطاق صيغة الطلاق ..... ١٩٨
- الفرع الأول: صيغة الطلاق في أضيق حدودها ..... ١٩٨
- الفرع الثاني: حصر الصيغ في طلاق وفراق وسراح ومشتقاتها ..... ٢٠١
- الفرع الثالث: صيغة الطلاق كل صريح مطلقاً وكل كناية مع النية ..... ٢٠٤
- حكم الكناية ..... ٢٠٩
- الفرع الرابع: صيغة الطلاق في أوسع حدودها ..... ٢١٢
- أولاً - الطلاق بكل لفظ يقتن بالنية ..... ٢١٢
- ثانياً - الطلاق بالحدث النفسي ..... ٢١٣
- مناقشة هذه الآراء ..... ٢١٤
- صيغة الطلاق في بعض قوانين الأحوال الشخصية المستقاة من الشريعة الإسلامية ..... ٢١٧
- المبحث الثاني: حكم الصيغة المقترنة بالعدد ..... ٢١٩
- الفرع الأول: الرأي القائل بعدم وقوع الطلاق ..... ٢٢٠
- الفرع الثاني: التفريق بين طلاق المدخول بها وغير المدخول بها ..... ٢٢٢
- الفرع الثالث: القول بوقوع ما أوقعه الزوج ..... ٢٢٤
- أولاً - السنة النبوية ..... ٢٢٤
- ثانياً - الإجماع ..... ٢٢٩
- ثالثاً - القياس ..... ٢٢٩
- مناقشة هذه الأدلة ..... ٢٢٩
- مناقشة الاستدلال بالإجماع ..... ٢٣٩
- مناقشة الاستدلال بالقياس ..... ٢٤١
- الفرع الرابع: الصيغة المقترنة بالعدد لا يقع بها الا طلبة واحدة ..... ٢٤٣
- حكم الطلاق المقتن بعدد في قوانين الأحوال الشخصية المأخوذة من الفقه الإسلامي ..... ٢٥٨
- المبحث الثالث: حكم التعليق في صيغة الطلاق ..... ٢٥٩

٢٦٠	الفرع الأول: حكم التعليق المحض
٢٦٠	الرأي الأول - لا يقع الطلاق غير المنجز
٢٦٢	الرأي الثاني - أن التعليق باطل وغير مبطل فيقع حالاً
٢٦٥	شروط التعليق عند من يقول بوقوع الطلاق المعلق
٢٦٧	مناقشة أدلة هذه الآراء
٢٦٩	الفرع الثاني: الحلف بالطلاق
٢٦٩	حكم الحلف بالطلاق
٢٧٢	تعليق الطلاق والحلف به في قوانين الأحوال الشخصية
٢٧٣	الفصل الثالث: المطلق
٢٧٤	المبحث الأول: طلاق المكره
٢٧٤	شروط الاكراه
٢٧٥	حكم طلاق المكره
٢٧٥	الفرع الأول: رأي الحنفية في طلاق المكره
٢٧٥	الاكراه عند الحنفية
٢٧٩	الفرع الثاني: رأي جمهور الفقهاء في طلاق المكره
٢٨٢	حكم طلاق المكره في قوانين الأحوال الشخصية
٢٨٣	المبحث الثاني: طلاق السكران
٢٨٩	حكم طلاق السكران في القانون
٢٩٠	المبحث الثالث: طلاق الغضبان
٢٩٤	القانون وطلاق الغضبان
٢٩٥	المبحث الرابع: طلاق الهازل
٢٩٥	الفرع الأول: القول بوقوع طلاق الهازل
٢٩٩	الفرع الثاني: القول بعدم وقوع طلاق الهازل
٣٠٢	المبحث الخامس: طلاق المخطئ والساهي
٣٠٢	الفرع الأول: طلاق المخطئ يقع قضاء لا ديانة
٣٠٤	الفرع الثاني: لا يقع طلاق المخطئ لا قضاء ولا ديانة
٣٠٦	الفرع الثالث: يقع قضاءً وديانةً
٣٠٩	المبحث السادس: طلاق الصبي
٣٠٩	الفرع الأول: القول بعدم صحة طلاق الصبي المميز
٣١٢	الفرع الثاني: القول بصحة طلاق الصبي
٣١٥	المبحث السابع: طلاق المجنون والسفيه



٣١٨	المبحث الثامن: طلاق المريض مرض الموت
٣١٩	الفرع الأول: لا ترث مطلقاً
٣٢١	الفرع الثاني: ترث مطلقاً
٣٢٣	الفرع الثالث: ترث ما لم تنته العدة
٣٢٤	الفرع الرابع: ترثه ما لم تتزوج
٣٢٧	التحليل والمناقشة والترجيح:
٣٢٩	القانون وطلاق المريض مرض الموت:
٣٣١	المبحث التاسع: طلاق المولي
٣٣٢	العنصر الأول - الخالف:
٣٣٣	العنصر الثاني : الزوجة:
٣٣٥	العنصر الثالث - المحلوف به:
٣٣٧	العنصر الرابع - المحلوف عليه:
٣٣٨	العنصر الخامس - المدة:
٣٣٩	آثار الإيلاء:
٣٤٤	موقف القانون:
٣٤٥	المبحث العاشر: طلاق النائب
٣٤٦	الفرع الأول: التوكيل في الطلاق
٣٤٩	موقف القانون:
٣٥٠	الفرع الثاني: الولاية في الطلاق
٣٥٣	موقف القانون:
٣٥٥	الفصل الرابع: المطلقة ، وطلاق الحائض، والمفوضة
٣٥٦	المبحث الأول: محل الطلاق
٣٦٢	المبحث الثاني: طلاق الحائض
٣٦٣	الفرع الأول: يقع الطلاق وتستحب الرجعة
٣٦٤	الفرع الثاني: يقع الطلاق ويُجبر الزوج على الرجعة
٣٦٥	الفرع الثالث: لا يقع طلاق الحائض ومن في حكمها
٣٧٣	المبحث الثالث: المفوضة بتطبيق نفسها
٣٨٠	موقف القانون من التفويض:
٣٨٢	الفصل الخامس: مدى حرية ارادة الزوجين في الاتفاق على إنهاء رابطة الزوجية ...
٣٨٤	المبحث الأول: الخُلْع تعريفه. أدلته. حكمه
٣٩١	المبحث الثاني: عناصر الخلع الصيغة. المخالغ. المُختلعة. العوض

٣٩١	الفرع الأول: صيغة الخلع
٣٩٣	الفرع الثاني: المختلعة
٣٩٣	المريضة
٣٩٥	السفيهة والصغيرة الميزة
٣٩٧	الخلع من الولي
٣٩٩	التحليل والترجيح
٤٠١	الفرع الثالث: العوض
٤٠٤	المبحث الثالث: التكيف الفقهي للخلع
٤١١	ثمرة الخلاف
٤١٢	الترجيح
٤١٣	موقف القانون من الخلع
٤١٥	بدل الخلع
٤١٧	الفصل السادس: مدى سلطان الإرادة في التفريق قضاء
٤١٩	المبحث الأول: التفريق للضرر اللا إرادي
٤١٩	القول الأول - المنع مطلقا
٤٢٢	القول الثاني جواز التفريق بالضرر اللا إرادي
٤٢٦	القول الثالث - حق التفريق للعلل والامراض ثابت للزوجة فقط
٤٢٨	الاستنتاج والترجيح
٤٣٠	المبحث الثاني: التفريق للضرر الإرادي
٤٣٠	أولا - حرمان الزوجة من النفقة
٤٣٨	ثانيا - حرمان الزوجة من المعاشرة
٤٤٦	ثالثا - التفريق لمعصية يرتكبها أحد الزوجين
٤٤٦	أ- اللعان
٤٥٢	ب - ردة أحد الزوجين
٤٥٤	ج - إباء أحد الزوجين الاسلام بعد اعتناقه من الآخر
٤٥٨	رابعا - اعتداء أحد الزوجين على الآخر
٤٦٣	المبحث الثالث: موقف القانون من التفريق قضاء
٤٦٣	أولا - الضرر اللارادي
٤٦٥	ثانيا - الضرر الارادي
٤٦٥	أ- الحرمان من النفقة
٤٦٧	ب - الحرمان من المعاشرة

- ج - اعتداء احد الزوجين على الآخر بالكلام أو الفعل ..... ٤٦٩  
 د - ارتكاب معصية من أحد الزوجين يترتب عليها ضرر الآخر ..... ٤٧١

### الباب الخامس

- الطلاق في بعض القوانين المعاصرة ..... ٤٧٣  
 الفصل الأول: الطلاق في القانون السوفيتي والأمريكي ..... ٤٧٥  
 المبحث الأول: الطلاق في القانون السوفيتي منذ ثورة أكتوبر ..... ٤٧٦  
 الفرع الأول: مرحلة اطلاق حرية الارادة في الطلاق ١٩١٧-١٩٣٦ ..... ٤٧٧  
 أهم أحكام مجموعة ١٩١٨: ..... ٤٧٨  
 مجموعة ١٩٢٦: ..... ٤٧٩  
 أ - الزواج الفعلي: ..... ٤٧٩  
 ب - الطلاق الفعلي: ..... ٤٨٠  
 الفرع الثاني: مرحلة تقييد حرية الارادة في الطلاق ..... ٤٨٢  
 أهم أحكام قانون ١٩٣٦: ..... ٤٨٢  
 قانون ١٩٤٤: ..... ٤٨٣  
 ١- عدم شرعية الزواج غير المسجل ..... ٤٨٣  
 ٢- عدم صحة الطلاق خارج المحكمة ..... ٤٨٤  
 ٣- قناعة القاضي بالمبرر ..... ٤٨٤  
 ٤- السلطة التقديرية للقاضي ..... ٤٨٤  
 ٥- لا طلاق بدون سبب قانوني ..... ٤٨٤  
 ٦ - الاجراءات القضائية ..... ٤٨٥  
 ٧- الرسوم ..... ٤٨٦  
 ٨- عدم التسرع في استجابة الطلب ..... ٤٨٦  
 ٩- الرقابة القضائية على اجراءات الطلاق ..... ٤٨٧  
 أحكام الطلاق في القانون المعمول به حاليا ..... ٤٨٧  
 المبحث الثاني: الطلاق في النظام الأمريكي ..... ٤٩٠  
 آثار الطلاق: ..... ٤٩٢  
 الفصل الثاني: الطلاق في قوانين بعض الدول الأوربية ..... ٤٩٥  
 المبحث الأول: الطلاق في القانون الانكليزي ..... ٤٩٦  
 قانون ١٨٥٧ ..... ٤٩٦  
 قانون ١٩٣٧ ..... ٤٩٧  
 قانون ١٩٥٠ ..... ٤٩٩

- ٥٠٠ ..... الانفصال الجشمانى
- ٥٠١ ..... القانون المعمول به فى الوقت الحاضر
- ٥٠٥ ..... المبحث الثانى: الطلاق فى القانون الألمانى منذ ١٩٠٠ م
- ٥٠٥ ..... قانون ١٩٠٠ bgb
- ٥٠٦ ..... مسقطات الطلب
- ٥٠٧ ..... قانون ١٩٣٨
- ٥٠٧ ..... أسباب الطلاق فى قانون ١٩٣٨
- ٥٠٩ ..... قانون ١٩٤٦
- ٥١٠ ..... رفض دعوى الطلاق
- ٥١١ ..... أحكام الطلاق المعمول بها حاليا فى ألمانيا الاتحادية
- ٥١٣ ..... المبحث الثالث: الطلاق فى القانون الايطالى ١٨٠٩-١٩٨٣
- ٥١٣ ..... قانون ١٨٦٥
- ٥١٤ ..... قانون ١٩٢٩
- ٥١٥ ..... قانون ١٩٤٢
- ٥١٥ ..... من أحكام القانون ١٩٤٢
- ٥١٧ ..... دستور ١٩٤٨
- ٥١٨ ..... قانون ١٩٧٠
- ٥١٨ ..... قانون ١٩٨٣
- ٥١٩ ..... أسباب الإلغاء فى ظل القانون الجديد
- ٥٢٢ ..... المبحث الرابع: الطلاق فى القانون الفرنسى
- ٥٢٢ ..... أ - مرحلة اطلاق حرية الإرادة
- ٥٢٢ ..... ب - مرحلة التقييد
- ٥٢٢ ..... ج - فى المرحلة الثالثة
- ٥٢٣ ..... د - المرحلة الرابعة
- ٥٢٤ ..... هـ - مرحلة الرجوع الى التقييد
- ٥٢٤ ..... و - المرحلة الأخيرة
- ٥٢٤ ..... السبب الأول - الزنا: adultere
- ٥٢٥ ..... السبب الثانى - الحكم بعقوبة جنائية
- ٥٢٦ ..... السبب الثالث - القسوة، وسوء المعاملة، والاساءة البالغة

## الملحق

- ٥٢٩ ..... مسائل لا يقع الطلاق إلا بها



## مقدمة الطبعة الرابعة:

الهدف الرئيس في الإقدام على هذا المؤلف والقيام بإجراء المقارنة بين الشرائع والقوانين والأعراف خلال أربعة آلاف سنة وبوجه خاص في المذاهب الفقهية الإسلامية المدونة مع مقارنتها بقوانين الأحوال الشخصية في العالم العربي والإسلامي، هو تذكير المفتي والقاضي والمحامى بالنقاط الآتية:

- ١- أهمية الموضوع بالنسبة لاستمرارية حياة الأسرة.
- ٢- المرأة ليست بضاعة تباع وتشترى وثمنها مهرها، فهي أثمن من أن تثنى بالثمن.
- ٣- المرأة أمنا وبنتنا وأختنا وزوجتنا، والرجل خلق من المرأة، فعلى الرجال أن يعرفوا مكانتها ومركزها في المجتمع.
- ٤- الزوجة ليست تحت رحمة الزوج إن شاء أمسكها وإن شاء طلقها، فالطلاق أبغض الحلال شرع للضرورة والضرورات تقدر بقدرها.
- ٥- الزواج ميثاق غليظ وشركة روحية رأس مالها الحب المتبادل والاحترام المتقابل، ورحمها انجاب جيل جديد صالح.
- ٦- الإسلام يأبى أن ينهار على رؤوس الزوجين والأولاد بلحظة واحدة، بناءً استغرق اكماله سنوات بكلفة باهظة. الفقرة بين الزوجين في القرآن تمر بشماني مراحل ولا تنتهي علاقة الزوجية إلا في المرحلة الثامنة والأخيرة.
- ٧- الخلط القائم بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي، وحلول المذاهب محل القرآن والسنة النبوية في العمل بالإسلام، خطأ لا يفتقر مع تقديرنا العظيم لمكانة الفقهاء الذين أدوا واجبه خير الأداء، والتزموا بالقرآن والسنة النبوية وفتاوى وأقضية الصحابة (رضي الله عنهم)، خلافا لما عليه رجال الدين بعد توقف الاجتهاد من

الانشغال بالعلوم الآلية مدى الحياة، دون استثمارها في الاجتهاد في القرآن والسنة النبوية.

٨- المذهبية ليست تركة تنتقل من المورث إلى وارثه، لقد مرّ الإسلام في عصره الذهبي بأكثر من (١٥٠) سنة فلم يكن هناك مذهب ولا من يتقيد بمذهب معين، كما لم يرد اسم أحد الفقهاء من أئمة المذاهب (رحمة الله عليهم) في القرآن ولا في السنة النبوية ولا في أقضية الصحابة، فتقديس مذهب معين والتقيّد به مدى الحياة وانتقال هذا التقيد من جيل إلى جيل، نابع عن التخلف وعدم استيعاب روح الشريعة الاسلامية. بل من الشرك تقديس المذهب وإحلاله محل القرآن في العمل به.

٩- لقد أجمع علماء أصول الفقه على أن العامي (من لا يكون أهلاً للاجتهاد) لا مذهب له، أي لا يتقيد بمذهب معين، لكن عليه تقليد مذهب يكون أكثر ملائمة وأيسر عملاً وأحسن نتيجة وأقرب إلى زمن الإستفتاء، ففي القرآن يوجد التقليد، ولكن لا يوجد المذهب، قال تعالى: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾<sup>(١)</sup> فهذه الآية صريحة في عدم جواز تقليد الأموات، لأن السؤال يُوجّه إلى الأحياء دون الأموات، ولأن الأحكام تتغير بتغيّر الأزمان.

١٠- فالتقيد بمذهب معين في موضوع الطلاق أدى إلى تحطيم ملايين الأسر في العالم الإسلامي، وبوجه خاص في كردستان العراق، بينما يجب الأخذ دائماً بما هو أيسر عملاً بمقتضى قوله تعالى ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾<sup>(٢)</sup>.

١١- علينا باتباع الطريقة التي إلتمز بها الصحابي الجليل معاذ بن جبل، حين اختاره الرسول ﷺ واليا وقاضيا ومفتياً في اليمن واختبره، كما في هذا الحديث، أن رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمَّا أَرَادَ أَنْ يَبْعَثَ مُعَاذًا إِلَى الْيَمَنِ قَالَ: ((كَيْفَ تَقْضِي إِذَا عَرَضَ لَكَ قَضَاءٌ؟ قَالَ أَقْضِي بِكِتَابِ اللَّهِ، قَالَ: فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي كِتَابِ اللَّهِ؟ قَالَ: فَبِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، قَالَ: فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَلَا فِي كِتَابِ اللَّهِ؟ قَالَ: أَجْتَهِدُ رَأْيِي وَلَا أَلُو.. فَضَرَبَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ صَدْرَهُ وَقَالَ: الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ

(١) سورة نحل/ ٤٣

(٢) سورة الأنبياء/ ٧

اللَّهُ لِمَا يُرْضِي رَسُولَ اللَّهِ)).<sup>(١)</sup> فالفتي أو القاضي إذا لم يكن أهلاً للاجتهاد فعليه أن يسأل أهل الذكر دون تقيّد بمذهب معين، إمتثالاً لأمر الله: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾<sup>(٢)</sup>.

١٢- الطلاق المعلق على الشرط والحلف بالطلاق لا أساس لهما في الشريعة الإسلامية، بل استُحدثا في العهد الأموي لأسباب سياسية تسريت إلى المذاهب الفقهية وأصبحت شريعة إسلامية.<sup>(٣)</sup>

١٣- أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن كل تصرف شرعي (من عقد كالبيع أو إرادة منفردة كالهبة) إذا كان معلقاً على شرط فهو باطل، وبضمن ذلك الزواج، فهو إذا كان معلقاً على شرط يكون باطلاً بالاجماع، في حين أنهم قالوا بصحة تعليق الطلاق على الشرط ووقوعه عند تحققه، علماً بأن الطلاق أخطر تصرف مسموح للإنسان أن يقدم عليه، فهو يهدم بناء كيان الأسرة على رؤوس الزوجين وأولادهما، ويحطّم مستقبلهم غالباً، في حين أن الأسرة هي الخلية الأولى للمجتمع، إذا فسدت فسد المجتمع وعمت الرذيلة، وإذا صلحت صلح المجتمع وسادت الفضيلة.

(١) سنن أبي داود، رقم الحديث ٣١١٩. ولا ألو: أي لا أقصر في الإجتهد.

(٢) سورة الانبياء/٧

(٣) إن التعليق في الطلاق والحلف به استُحدثا في العهد الأموي، حين كان المسؤولون في الخلافة الأموية يتهمون من يعارضهم في الخلافة والسياسة بانهم من أنصار العلويين، فحين إلقاء القبض على من يُتهم بهذه التهمة، لم تكن هناك عقوبة سالبة للحرية بالسجن أو الحبس، لذا كانوا يلجأون إلى الحلف بالقرآن على أن لا يخونهم ولا يكون من أنصار مناوئهم، ثم يتبين خلاف ذلك، لذا لجأوا إلى استخدام طريقة أخرى وهي التعليق بالطلاق أو الحلف به، وكان المتهم يقول إذا تعاونت مع المعارضة يقع طلاق زوجتي، أو يقول بالطلاق لا أخونكم ولا أكون من أنصار من يعارضكم، فإذا ظهر كذبه عندهم يحكمون بوقوع طلاقه، وبعدم السماح باستمرار الزوجية بينه وبين زوجته، وبهذه الطريقة ظهر التعليق بالطلاق والحلف به، ثم أصبحت هذه الطريقة محل خلاف الفقهاء، فمنهم من قال ببطلان تعليق الطلاق والحلف به، لعدم ورودها في القرآن أو السنة أو فتاوى وأقضية الصحابة، ومنهم من قال بالعمل بهما وبوقوع الطلاق إذا تحقق الشرط المعلق عليه أو حنث الحالف، وهكذا إستمر الخلاف إلى يومنا هذا بين مؤيد ومعارض في موضوع لا أساس له في الاسلام...

يُنظر الإسلام قبل المذاهب عقيدة وشريعة لجماعة من نوابغ العلماء. تصحيح الناشر زكريا علي يوسف، وطبعة الأمام/ القاهرة ص ١٢٠ وما يليها.

١٤- من راجع بدقة وعمق القرآن الكريم والسنة النبوية وفتاوى وأقضية الخلفاء الراشدين (رضي الله عنهم)، لا يجد نصاً واحداً يتعلق بتعليق الطلاق على الشرط، ولا حادثة واحدة من الطلاق المعلق على الشرط.

١٥- اجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الحلف بغير ذات الله وصفاته باطل، ومن المعلوم أن ما يبنى على الباطل فهو باطل. ورغم ذلك أجازوا الحلف بالطلاق وحكموا بوقوعه إذا حنث الحالف. وفي هذا تناقض واضح لا مبرر له!

١٦- أجمعوا على أن التطليق ثلاثاً بلفظ واحد ومرة واحدة بدعة، والبدعة هي ما لم يرد بشأنه نص في القرآن أو السنة النبوية، وقالوا (كل بدعة ضلالة)، لقول الرسول ﷺ ((من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد))<sup>(١)</sup>.

١٧- الطلاق في القرآن محدد بالمرات لا بالأعداد، فالطلاق المقتن بالعدد لا يقع به إلا طلبة واحدة.

١٨- التقيّد بمذهب معين خلافاً لأمر الله: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾<sup>(٢)</sup> أدى إلى تدمير كثير من الأسر، على أساس وقوع الطلاق الثلاث (بلفظة واحدة ومرة واحدة) طلاقاً بائناً بينونة كبرى، بحيث لا مجال لرجوع الزوجة المطلقة إلى زوجها إلا بعد أن تنكح زوجاً آخر، فيدخل بها فتحصل الفرقة وتنتهي عدتها.

١٩- لجأ بعض من القائلين بوقوع الطلاق الثلاث مرة واحدة إلى حيلة، وهي الحكم ببطلان الزواج المنعقد على مذهب الشافعي لفسق الشهود، ثم استئناف عقد الزواج مرة أخرى على مذهب أبي حنيفة الذهاب إلى عدم اشتراط عدالة شهود الزواج، في حين أن الإسلام مرّ بعصره الذهبي أكثر من قرن ونصف قرن ولم يكن هناك مذهب معين يقلده المسلمون. ثم أن أحكام الزواج شريعة الله وليست شريعة المذاهب حتى تُستخدم هذه الحيلة المنافية للقران والسنة النبوية والعقل السليم.

٢٠- ومن تصحيح الخطأ بالخطأ أيضاً، الحكم بوقوع الطلاق الثلاث مرة واحدة، ثم اللجوء إلى ما يسمى (التحليل)، وهو تزويج المطلقة من مجهول ليلة واحدة على أن يطلقها بعد الدخول بها، علماً بأن زواج التحليل باطل لأسباب كثيرة منها:

(١) الهيثمي المكي / الزواجر ١/٩٩  
(٢) ﴿وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ إِلَّا رِجَالًا نُوْحِي إِلَيْهِمْ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ (النحل: ٤٣)

أ- زواج مؤقت وهو باطل.

ب- زواج بشرط التطليق بعد الدخول وهو باطل.

ج- عدم وجود ركن التراضي في عقد الزواج، لان الزوجة المطلقة المسكينة لا ترضى بان تكون زوجة لهذا المجهول مدى الحياة، فهي وافقت على هذا الزواج تحت ضغط الاضطرار.

د- قول الرسول ﷺ ((ألا أخبركم بالتيس المستعار؟)) قالوا بلى يا رسول الله، قال: ((هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له))<sup>(١)</sup>.

هـ- عدم تحقق حكمة قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾<sup>(٢)</sup> لان الحكمة هي مقارنة الزوجة المطلقة بين الزوج الجديد والزوج الأول، حتى تشعر بخطأها إذا كانت هي المقصرة، وقل مثل ذلك بالنسبة للزوج المطلق، فيقارن بين الزوجة الجديدة والزوجة المطلقة، ويتبين له خطأه إذا كان هو المخطيء، أو يشعر بان زوجته أصبحت في حزن غيره.

ولزيادة الإيضاح والفائدة وتنبيه المقلدين المتعصين لمذهب معين على أخطائهم، أضيف إلى النقاط المذكورة ملخص ما ورد في كتاب (الإسلام قبل المذاهب عقيدة وشرعة)<sup>(٣)</sup>.

١- يجوز الطلاق قبل الدخول في أي وقت طلقة واحدة.

٢- لا يقع الطلاق في الحيض ولا في النفاس ولا في طهر مسها المطلق فيه، الا إذا استبان حملها.

٣- الطلاق المعلق بجميع صوره وألفاظه لا يقع به شيء أصلاً.

٤- اليمين بالطلاق لغو، ولا يقع به الطلاق.

٥- المعتدة لا يلحقها الطلاق.

٦- الطلاق المقتن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع به إلا واحدة.

٧- لا يقع أي طلاق إلا إذا كان بحضور شاهدي عدل سامعين فاهمين.

٨- لا تصح الرجعة إذا قصد بها المضارة، ومن المضارة أن يراجعها قاصداً إيقاع طلقة أخرى بعد الرجعة.

(١) ابن ماجه، رقم الحديث ١٩٢٦.

(٢) البقرة: ٢٣٠.

(٣) المرجع السابق ص ١٢٠.



وفي ختام هذه المقدمة أوصي علماء الدين الإسلامي بأن يميّزوا بين الشريعة الإسلامية التي هي عبارة عن نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الصحيحة التي لا تقبل التعديل والتبديل، وغير قابلة للخطأ، وبين الفقه الإسلامي الذي هو عبارة عن اجتهادات الفقهاء وشروح تلك النصوص التي هي قابلة للتعديل والتبديل في ضوء متغيرات الزمان والمكان، ومن الواضح أن الشريعة ملزمة لكل أنسان عقيدةً وعملاً وتقيداً بها في كل زمان ومكان، بخلاف المذاهب فهي غير ملزمة لا عقيدة ولا عملاً.

المؤلف

## المقدمة

وحدة الرجل مع المرأة في صورة الزواج هي الأساس الطبيعي لضمان بقاء النوع البشري، فالغريزة الجنسية لم تُخلق لتكون غاية في ذاتها، وإنما هي وسيلة لهدف أسمى هو استمرارية حياة الإنسان، وبقاء سلالاته المتعاقبة بما يتفق وكرامته المنصوص عليها في قوله تعالى ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ﴾<sup>(١)</sup>.

وايدانا بهذه الحقيقة تفرعت عن الغريزة الجنسية ثلاث غرائز فرعية هي:

أ - الغريزة الشهوانية الحيوانية بين الجنسين، تلك الفتنة التي تجذب أحدهما نحو الآخر.  
ب - غريزة العاطفة الروحية المهذبة (الحب المعنوي) بين الزوجين عن طريق الحياة الزوجية.

ج - غريزة الحب العائلي الذي يربط بين الأبوين من جهة، وبينهما وبين الأولاد من جهة أخرى.

هذه الثالثة هي أسمى الغرائز، لأنها الأساس الحقيقي للرابطة الاجتماعية والمنبت الطبيعي لنبات خلايا بناء المجتمع، فإن أنبت نباتا حسنا صلح المجتمع، وإن أنبت نباتا سوء فسد المجتمع.

فالقيد المفروضة على سلوكية الإنسان ضمانا لبقائه ليست بما تقهر الطبيعة، وإنما هي من مقتضياتها، فكل سلوك يتجاوز حدود تلك القيود سلوك مضاد للطبيعة.

والشريعة الإسلامية - كبقية الشرائع السماوية - بحكم فطريتها لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تُفسر أوامرها ونواهيها بأنها محاللات لقمع الطبيعة، وإنما هي أنت لترسم الطريقة المثلى للعلاقات الزوجية، كي لا تتحول الغريزة الجنسية إلى غير ما خلقت له.

والمرأة ليست بضاعة تباع وتشترى، فهي ما دامت متحفظة بالمكانة الموهوبة لها، أثنى من أي ثمن أيا كان كমে وكيفه.

(١) ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾ (الاسراء: ٧٠)



وافترق الزوجين بالطلاق كثيراً ما يؤدي الى إحداث التوتر، والتمزق، والعداوة بين أسرتي الزوجين وأقاربهما.

ومن الطبيعي أن تنعكس هذه الآثار السلبية، والنتائج السيئة على حياة المجتمع، وبوجه خاص في مجال انتشار الجهل والفقر وتفشي الجرائم الخلقية والاقتصادية.

## أهمية الموضوع:

تبدو أهمية دراسة ومبحث موضوع (مدى سلطان الإرادة في الطلاق) في الأمرين التاليين:  
١- أصبح الطلاق ظاهرة خطيرة متفشية في المجتمع، ومرصداً اجتماعياً منتشراً بحيث أدى الى خراب بيوت، وتمزق أسر، وتفكك علاقات، وتشرد أولاد، وتحطم نساء... كل ذلك نتيجة عدم رعاية الشروط والقيود والأسس المعتمدة في الزواج والطلاق.

٢- أخذ البعض من غير المسلمين، ومن المسلمين ممن يركضون وراء السراب، يطعنون نظام الطلاق في الاسلام بزعم أنه منح الزوج حرية الارادة والسلطة المطلقة في الاقدام على الطلاق، ونظر الى المرأة كبضاعة تباع وتشترى، وهي تحت رحمة الزوج أن شاء أمسكها وان شاء طلقها.

لذا حاولت في هذا المؤلف أن أستعرض أنظمة الطلاق لدى بعض الأمم القديمة، وفي الشريعتين (الموسوية والعيسوية)، وفي الشريعة الاسلامية، وبعض القوانين الوضعية الحديثة للدول الشرقية والغربية، مع التركيز على أهم القيود المفروضة على ارادة الزوجين في الطلاق وفقاً لتلك الشرائع السماوية والوضعية.

ومن المعلوم أن الشريعة الاسلامية هي الدستور المعدل الأخير لبقية الدساتير السماوية، كما نص على ذلك القرآن الكريم: ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ﴾<sup>(١)</sup> وبناء على هذه الحقيقة الواضحة أخذت دراسة الطلاق في هذه الشريعة الفراء قسطاً كبيراً من الاهتمام والجهود، بحيث بحثنا قدر المستطاع كل آية قرآنية أو سنة نبوية، لها علاقة

(١) ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ كَبُرَ عَلَى الْمُشْرِكِينَ مَا تَدْعُوهُمْ إِلَيْهِ اللَّهُ يَجْتَبِي إِلَيْهِ مَنْ يَشَاءُ وَيَهْدِي إِلَيْهِ مَنْ يُنِيبُ﴾ (الشورى: ١٣).

بتنظيم أحكام الطلاق، وقمنا بإجراء مقارنة بين آراء فقهاء المسلمين دون أغبياز أو تعصب لأي مذهب معين، لأن هدف الكل هو الوصول إلى الحق وارضاء الله وخدمة البشرية. وبعد هذه الدراسة التحليلية والاستنتاجية، وصلنا إلى حقيقة وهي أنه لا يجوز لأي من الزوجين أن يلجأ إلى استخدام سلاح الطلاق أو التفريق القضائي، إلا بعد نفاذ جميع الطرق الإصلاحية لذات البين.

### خطة البحث:

- قسمنا دراسة هذا الموضوع من الناحية الشكلية إلى خمسة أبواب:
- الباب الأول: الطلاق لدى بعض الأمم القديمة.
- الباب الثاني: الطلاق في التعاليم الموسوية (١٢٠٠ ق.م.) تقريباً.
- الباب الثالث: الطلاق في التعاليم المسيحية.
- الباب الرابع: الطلاق في الإسلام.
- الباب الخامس: الطلاق في بعض القوانين المعاصرة.
- وفي الخاتمة استخلصنا أهم القيود المفروضة على إرادة الطلاق.



## الباب الأول

### الطلاق لدى بعض الأمم القديمة

ويتضمن خمسة فصول:

الفصل الأول: الطلاق في وادي الرافدين

الفصل الثاني: الطلاق في وادي النيل

الفصل الثالث: الطلاق في الشرق الأقصى

الفصل الرابع: الطلاق في أوروبا

الفصل الخامس: الطلاق في الجزيرة العربية قبل الإسلام





نقتصر في هذا الباب على الطلاق لدى بعض الأمم القديمة التي اتسمت بطابع تشريعي وازدهار حضاري وهي:-

- ١- في الشرق الأوسط: (وادي الرافدين).
  - ٢- في افريقيا: (وادي النيل).
  - ٣- في الشرق الأقصى: (الهند، والصين، واليابان، والفرس).
  - ٤- في أوروبا: (اليونان، والرومان).
  - ٥- في الجزيرة العربية (العرب قبل الاسلام).
- فان تشريعات هذه البقاع من العالم القديم قد تناولت أحوال الأسرة من الزواج، والطلاق، وغيرهما في ضوء العادات والتقاليد والتشريعات السائدة لديها. فمنهم من أباح الطلاق لأتفه الأسباب. ومنهم من أخذ بفكرة الطلاق المقيد: أجازة لأسباب محدّدة وأباحه في حالات خاصة دون غيرها.

ومنهم من أعطى حق التطليق للزوجين. ومنهم من لم ير ذلك الا حقاً طبيعياً للزوج يستخدمه متى شاء. ولعدم الوصول الى تاريخ متسلسل لتطور التأريخي للطلاق في هذه البقاع من جهة، ولان الموضوع هو مدى سلطان الارادة في الطلاق دون تطوره من جهة ثانية، لم نتبع طريقة الترتيب الزمني في الطلاق لدى هذه الأمم، بخلاف ذلك في الشرائع السماوية حيث أنها متسلسلة فجاءت اللاحقة منها لتكمل السابقة.

وقد أفردنا بالبحث لكل بقعة من هذه البقاع في العالم الطلاق في فصل خاص. راجياً من الله ﷻ العون.

(وهو وليّ التوفيق)

## الفصل الأول

### الطلاق في وادي الرافدين

سبق العراقيون شعوب العالم بزهاء ألفي سنة في المجالات الحضارية - بصورة خاصة في التشريعات - حسب ما اثبتته الدراسات الأثرية والتأريخية<sup>(١)</sup>.

ونظام الطلاق كان معروفاً في العراق القديم منذ عهد السومريين<sup>(٢)</sup>، أي بحوالي أربعة آلاف سنة قبل الميلاد.

والتشريعات العراقية القديمة أخذت بفكرة الطلاق المقيد، ولم يقر - إلا نادراً - حرية سلطان ارادة الزوجين في الطلاق، وذلك كمحاولة لتضييق نطاق الطلاق من جهة، ولضمان حقوق الزوجة ضد التصرفات التعسفية للزوج من جهة ثانية.

غير أن هناك نقطة جوهرية من الضروري الإشارة إليها وهي التمييز بين قيود يكون عدم رعايتها مبطلاً للطلاق، وبين قيود مخالفتها لا تبطل الطلاق وإنما توجب آثاراً مالية وعقوبات بدنية يتحملها كل من بادر الى الطلاق دون سبب يبرره. فالتشريعات العراقية أخذت بالنوع الثاني من القيود فهي أحياناً تكون قاسية وتصل الى درجة العقاب بالموت مهما كانت أسباب الطلاق.

ويدل على ذلك ما ورد في المادة (٥) من اللوح السابع من سلسلة (انا ايتشو) من أنه (إذا كرهت الزوجة زوجها وقالت له: (انت لست

(١) ينظر الدكتور فوزي رشيد: الشرائع العراقية القديمة. طبعة دار الحرية بغداد ١٩٧٩ ص ١٤ وما بعدها.

(٢) سكن جنوبي العراق حوالي (٤٠٠٠ ق م) أقوام يتميز منهم السومريون بتراث ديني وثروة فكرية عالية. ينظر الاستاذ عمر فروخ: الاسرة في الشرع الاسلامي (ص ١٢). والاستاذ فاروق الدملوجي: اللاهوتية في المعتقدات الوثنية ١٥/٢.

زوجي) عليهم أن يلقوها في النهر<sup>(١)</sup>.  
 ألا أن قانون حمورابي<sup>(٢)</sup> قيد أنزال هذا العقاب بوجوب استصدار قرار قضائي، وبأن تكون الزوجة قد ارتكبت ما يدنس شرف زوجها.  
 وجاء في المادة (٦) من اللوح المذكور أيضاً: (إذا قال الزوج لزوجته: (انت لست زوجتي) فعليه أن يدفع نصف (المناء)<sup>(٣)</sup> من الفضة).  
 ويقول ول ديورانت: (كان ينتظر من المرأة السومرية أن تلد لزوجها وللدولة كثيراً من الأبناء، فإن كانت عاقراً جاز طلاقها لهذا السبب، أما إذا كرهت الأم أن تقوم بواجب الأمومة فكانت تقتل غرقاً..)  
 ويقول أيضاً: (وكان عقم الزوجة، وزناها، وعدم اتفاقها مع زوجها وسوء تدبيرها لمنزلها كانت هذه في حكم القانون مما يحيز طلاقها)<sup>(٤)</sup>.  
 ولعدم تمييز بعض الباحثين<sup>(٥)</sup> بين النوعين المذكورين من القيود، خلطوا بينهما وذهبوا خطأ إلى القول: بأن التشريعات العراقية أخذت بفكرة الطلاق المطلق.  
 ولأهمية هذا الموضوع نحاول أن نوزع دراسة موضوع هذا الفصل على ستة مباحث، مع مراعاة الترتيب الزمني في العرض كما يلي:

(١) ينظر الدكتور صبيح مسكوني تاريخ القانون العراقي القديم ص ٣٢٠.

(٢) ينظر المادتين (١٤٢، ١٤٣) من قانون حمورابي.

(٣) جاء هذا اللفظ (المناء) في ترجمات التشريعات العراقية القديمة بتعابير أخرى، فورد مرة (من)، وتارة (منا) وأخرى (ميناء). وكما حصل الخلاف في لفظه وكتابته كذلك اختلف في تحديد مقداره بالأوزان الحديثة. ففي كتاب (الزواج والطلاق في جميع الأديان) للمرآغي (ص ٥١٤): (المن) يساوي ٦٩٨،٥ غم. وفي الاسرة في الشرع الاسلامي المرجع السابق (ص ١٣): (المن لا نعرف اليوم مقداره ولعله يبلغ الرطلين أو (٩٦٠) درهما. لكن الذي يعتمد عليه في اعتقادي هو ما جاء في جدول الأوزان في الشرائع العراقية القديمة المرجع السابق (ص ٤٠) من أنه يعادل في الأوزان الحالية (٥٠٥ غم).

(٤) ينظر قصة الحضارة تأليف ول ديورانت، ترجمة محمد بدران ٢/ ٢٣٢.

(٥) مثل الدكتور ابراهيم عبد الكريم الغازي في كتابه (تأريخ القانون في وادي الرافدين والدولة الرومانية (ص ١٣٣) حيث يقول: (ويلاحظ أن التشريعات العراقية التي وصلتنا حتى الان مكنت الزوج من ايقاع الطلاق بصورة مطلقة دون أن تضع حداً لإرادة الزوج بشأن ذلك).

## المبحث الأول

### الطلاق في قانون أورنمو<sup>(١)</sup>

يرى علماء الآثار والتأريخ أن الملك (أور - نمو) يعتبر المؤسس الأول لسلالة أور الثالثة التي حكمت مدينة أور، والمقنن الأول لا قدم شريعة سومرية اكتشفت لحد الان. وقد سبق قانون حمورابي بثلاثة قرون، فهو أقدم قانون لا في العراق فحسب بل في العالم كله. ففي عام ١٩٥٢ تعرف عالم المساريات (صونيل كيرمر) على لوح مسماري باللغة السومرية في متحف الآثار الشرقية في اسطنبول الذي عثر في مدينة (نفر) ثم تم التعرف على كسرتين من الطين في مدينة أور من قبل بعثة أنكليزية.

وعلى الرغم من النقصان الموجود في بداية المواد، ووسطها، ونهايتها، فانه يمكن تصنيف المواد المتبقية الى مجموعات متميزة، عاجبت كل مجموعة موضوعاً مستقلاً.

فالمجموعة الأولى من (٤-١٢) بالاضافة الى المادة (٣٤) تناولت الاحوال الشخصية، وأخذت بفكرة الطلاق المقيّد، فلم يقر حرية سلطة الارادة في الطلاق. غير أنه لحد الان لم تتضح بصورة دقيقة الحالات التي يحق للرجل أن يطلق زوجته فيها، والمجالات التي يجوز للزوجة الطلاق.

ومع ذلك فانه أكد على الضمان المادي للمرأة في حالة طلاق الزوج لها دون سبب. وما يلفت النظر من هذا القانون هو أنه فرق بين مطلقة الزوج الأول والمطلقة من زوج ثان، فيما يرتبه على الطلاق من الضمان المالي للزوجة، إذ تستحق الثانية نصف ما تستحقه الأولى. فعلى الزوج الذي يطلق زوجته الأصلية (لم تكن أرملة قبل زواجها) أن يدفع

(١) اختلفت المصادر في تحديد حكمه وحكم سلالته: ففي الشرائع العراقية القديمة المرجع السابق (ص ٢٢٣): (حكم الملك أورنمو من ٢١١١-٢١٠٣ ق.م). وفي تاريخ القانون العراقي القديم المرجع السابق (ص ٩٣): (صدر قانون الملك أورنمو ٢٠٦١-٢٠٤٣ ق.م). وفي تاريخ القانون في وادي الرافدين والدولة الرومانية المرجع السابق (ص ٦٠): (حكمت سلالة أور الثالثة بين ٢١٥٠-٢٠٠٥ ق.م). وأورنمو تولى الحكم (٢١١١ ق.م). وفي القانون في العراق القديم للدكتور عامر سليمان (ص ١٩١): (وينسب القانون الى الملك أورنمو ٢١١٣-٢٠٩٥ ق.م) وهكذا....

لها مناً (من الفضة)<sup>(١)</sup>. أما إذا طلقها وهي كانت أرملة قبل زواجها فعليه أن يدفع لها نصف (المنّا) من الفضة<sup>(٢)</sup>.

ويرى بعض الباحثين<sup>(٣)</sup>: أن هذا الفرق لم يكن ناشئاً من التفاوت بين المطلقتين في المركز الاجتماعي، وإنما كان ذلك يعود الى أن المطلقة من الزوج الثاني أن كانت مطلقة للزوج الأول فقد أخذت منه منّا من الفضة، وإن كانت من المتوفى عنها زوجها فقد حصلت على حقها من الميراث. وهذا التحليل وجيه إلا أنه لا يقطع الشك في احتمال وجود اسباب أخرى.

وفرق قانون أورنمو أيضاً بين المطلقة من الزواج الشرعي والمطلقة من الزواج الفاسد، فقرر أن الثانية لا تستحق شيئاً من الضمانات المترتبة على الطلاق<sup>(٤)</sup>.

ومن المجدير بالذكر أن الزواج في الشرائع العراقية القديمة بصورة عامة كان يشترط فيه رضا والدي الزوجة، والأهلية، والتسجيل في رقم طيني<sup>(٥)</sup> بالإضافة الى تضمينه للأمور التالية:

- ١- إسم الزوجين.
- ٢- هدية الزواج (المهر).
- ٣- أسماء الشهود وتاريخ تحرير العقد.
- ٤- التعهد المقترن بالقسم على عدم الإخلال بالالتزامات الزوجية المترتبة على الزواج.
- ٥- العقوبات التي يستحقها الطرف الذي ينكر العلاقة الزوجية.

(١) المادة (٦) من قانون أورنمو تنص على ما يلي: (إذا طلق رجل زوجته الأصلية - غير متزوجة من زوج سابق - عليه أن يدفع لها (المنّا) من الفضة).

(٢) تنص المادة (٧) على أنه (إذا طلق رجل زوجته - التي كانت أرملة قبل زواجها منه - عليه أن يدفع لها نصف (المنّا) من الفضة).

(٣) ينظر الدكتور فوزي رشيد المرجع السابق ص ٤٦.

(٤) تنص المادة (٨) على ما يلي: (إذا كان الرجل قد عاشر أرملة بدون عقد زواج أصولي فلا يحتاج أن يدفع لها شيئاً على الطلاق في حالة طلاقها)... يفهم من مفهوم مخالفة (أرملة) أن حكم معاشرة البكر تختلف ويعزى ذلك الى أن الأرملة مجربة وعارفة بشروط واحكام الزواج فتعاقب بالحرمان.

غير أن المادة (٣٤) من قانون أورنمو والمادة (٣٤) أيضاً من القوانين الآشورية الوسطية تنص على أن الزواج الفاسد بسبب عدم تحرير العقد يصبح زواجا صحيحا شرعيا بالتقادم أي بمرور سنتين على المعاشرة.

(٥) تنص المادة (٢٨) من قانون آشنونا على أنه (إذا تزوج رجل امرأة بدون سؤال أبيها وامها ولم يقيم وليمة ليلة الزفاف ولم يكتب بذلك عقداً مختوماً مع أبيها وامها، فلا تعتبر هذه المرأة زوجة شرعية). وجاء بنفس المعنى قانون حمورابي (م ١٢٨).

## المبحث الثاني

### الطلاق في قانون (لبت - عشتار)<sup>(١)</sup>

لبت عشتار هو خامس ملوك سلالة أيسن (٢٠١٧-١٧٩٤ ق.م) وحكم من (١٩٣٤-١٩٢٤). فقانونه هو الآخر مدون بالخط المسماري واللغة السومرية<sup>(٢)</sup>. وتم التعرف لحد الان على (٣٧) مادة منه وهو مقسم الى سبع مجموعات كل مجموعة تعالج نوعا خاصا من الأحكام. والمجموعة السادسة (٢٠-٣٣) ذات علاقة بالاحوال الشخصية وبضمنها أحكام الطلاق.

ويبدو واضحا من بين ثنايا نصوص هذا القانون أنه لم يقر حرية الارادة في الطلاق وان لم يثبت فيه لحد الان معيار يميّز الحالات التي يسمح فيها بالطلاق من غيرها، وكل ما ثبت لحد الان هو أن الخيانة الزوجية من الزوج كانت بموجبه من الأسباب التي تبرر للزوجة طلب الطلاق وتدخل القضاء، بالإضافة الى وجوب دفع المهر الكامل لها، وحرمان الزوج من زواج الزانية كعقوبة اضافية<sup>(٣)</sup>.

(١) وفي بعض المصادر (لبت عشتار). ينظر الدكتور محمود الأمين، قوانين حمورابي ص ٧. ولا نجد ايضا في الشروح والترجمات تاريخا محددا لهذا المشرع وسلالته. ففي قوانين حمورابي المرجع المذكور: (١٨٧٥-١٨٦٥ ق.م) حكم لبت عشتار. وفي تاريخ القانون في وادي الرافدين والدولة الرومانية المرجع السابق (ص ٦٥): أن الملك لبت عشتار تولى الحكم في دولة ايسن في حدود (١٩٠٠ ق.م). وفي القانون في العراق القديم المرجع السابق (ص ١٩٩): (لبت عشتار خامس ملوك سلالة ايسن الذي حكم في الفترة (١٩٣٤-١٩٢٤ ق.م). وفي الشرائع العراقية القديمة المرجع السابق (ص ٥٤): (سلالة ايسن (٢٠١٧-١٧٩٤ ق.م) وحكم لبت عشتار (١٩٣٤-١٩٢٤ ق.م). فقانونه هو الآخر مدون بالخط المسماري واللغة السومرية.

(٢) عثر على هذا القانون في عام ١٩٤٧م في (تل حرمل) مدونا على أربعة ألواح طينية مشتملة على مقدمة وخاتمة وعلى (٣٧) مادة، ويعتقد بعض علماء الآثار مثل: (درايفر) و (ما يلز) أن هذه المواد جزء من قوانينه الأصلية التي كانت تضم زهاء مائة مادة. ينظر الدكتور صبيح مسكوني المرجع السابق ص ٩٨.

(٣) تنص المادة (٣٠) من هذا القانون على ما يلي: (إذا عاش شاب متزوج زانية من الشارع وامره القضاء بعدم زيارتها، ثم طلق زوجته ودفع لها صداقها، فلا يحق له الزواج من الزانية) ينظر الشرائع العراقية القديمة المرجع السابق ص ٦٥.



ولم يسمح هذا القانون بطلاق الزوجة بسبب عقمها، كما لم يقر الزواج من زوجة ثانية بحجة عقم الزوجة ما دامت هي على قيد الحياة<sup>(١)</sup>. وكذلك لم يبح للزوج أن يطلق زوجته لاصابتها بمرض لا يرجى شفاؤها منه، وإنما أجاز له الزواج من زوجة ثانية شريطة إدارة ومراعاة الزوجة المصابة من قبل الزوج والزوجة الثانية<sup>(٢)</sup>.  
ومن الجدير بالذكر أن ما يفهم من نصوص التشريعات العراقية القديمة هو عدم جواز تعدد الزوجات الا لعذر وفي حالات الضرورة<sup>(٣)</sup>.

(١) المادة (٢٧) من قانون لبت عشتار تنص على ما يلي: (إذا لم تلد زوجة اطفالاً، ولكن زانية من الشارع ولدت له اطفالاً عليه (على الزوج) أن يجهز الزانية بالحبوب والزيت واللباس (أي يهتم بإعالتها). والاطفال الذين ولدتهم الزانية سيكونون ورثته (أبناءه الشرعيين). وما دامت زوجته (التي لم تلد) على قيد الحياة فلا يجوز للزانية أن تعيش معها في البيت).

(٢) المادة (٢٨) منه تنص على أنه: (إذا فقدت زوجة رجل نظرها أو أصيبت بالشلل فلا يجوز اخراجها من البيت (من بيت زوجها) وإذا اخذ زوجها امرأة ثانية فعلى الزوجة الثانية اعانة (مداواة) الزوجة الأولى (المصابة بالعمى والشلل). وعلى الزوج اعالة زوجته الثانية وزوجته الأولى).

(٣) ينظر المادة (٣٤) من قانون (لبت عشتار)، والمادة (٦٠) من قانون (ايشنونا)، والمادة (١٦٧) من قانون حمورابي.

## المبحث الثالث

### الطلاق في قانون اشنونا<sup>(١)</sup>

يعود تاريخ قانون بلالأمّا ملك اشنونا (١٨٦٠ ق.م) الى ما قبل حكم حمورابي ويتكون من مقدمة مكتوبة باللغة السومرية ومن (٦٠) مادة دونت باللغة البابلية<sup>(٢)</sup>، وهي موزعة على سبع مجموعات، تعالج المجموعة الرابعة (٢٥-٣٢) أحكام الاسرة، بالاضافة الى المادتين (١٧) و (١٨) الخاصتين بتحديد مركز أحد الزوجين عند وفاة الآخر، غير أنهما وضعتا ضمن المجموعة الخاصة بالعقوبة التجارية. وكذلك المادة (٦٠) المتعلقة بالطلاق وضعت في نهاية مواد القانون ومعزل عن بقية المواد ذات العلاقة بالاحوال الشخصية. وبصدد الفرقة بين الزوجين تتأول هذا القانون موضوعين: أحدهما الطلاق دون السبب وعقابه، والآخر فسخ الزواج من قبل الزوجة بسبب غياب الزوج.

### أولاً - الطلاق دون سبب:

هذا القانون رغم أنه لم يبيّن لنا أسباب الطلاق، الا أنه شدّد على تقييد حرية ارادة الزوجين في الطلاق وبصورة خاصة بعد أنجاب الأولاد، حيث فرض عقوبة قاسية مادية وأدبية على كل زوج يطلق زوجته بعد أن تلد له الأولاد ويتزوج من زوجة ثانية، وهذه العقوبة تتمثل في طرده من بيته وحرمانه من جميع ما يملكه من الأموال المنقولة وغير المنقولة<sup>(٣)</sup>.

(١) في بعض المصادر ايشنونا بدلا من (اشنونا) و (ببالأمّا) بدلا من (بلالأمّا) ينظر قوانين حمورابي المرجع السابق ص ٨. والشرائع العراقية القديمة المرجع السابق ص ٨٣.

(٢) ولا يعرف بالضبط عدد المواد القانونية التي يتضمنها قانون اشنونا ويرى علماء الآثار والمؤرخون أن عددها يقارب (١٠٠) مادة، غير أن الألواح المكتشفة والمترجمة لحد الان تضم (٦٠) مادة.

(٣) تنص المادة (٦٠) من قانون اشنونا على ما يلي: (اذا طلق رجل زوجته بعد أن ولدت منه أولادا. وأخذ زوجة ثانية، فسوف يطرد من بيته وتُقطع علاقته بجميع ما يملك وليتبعه من يريده). ويلاحظ أن رقم المادة (٦٠) في بعض المصادر هو (٥٩).

ويدل ذلك على مدى اهتمام المشرع العراقي القديم باستقرار العلاقة الزوجية والحفاظ عليها ضد استخدام سلاح الطلاق ما دامت هناك طرق أخرى لاصلاح ذات البين.

## ثانياً - الفسخ بالغياب :

إذا غاب الزوج بحيث لا يُعرف مصيره من الحياة أو المماتة، كان اختطف اثناء الحرب، أو غارة، أو أخذ أسيراً، واستمر غيابه مدة يعتبرها العرف السائد طويلة، يحق للزوجة حل الرابطة الزوجية بارادتها المنفردة والزواج من زوج ثان. فقانون اشنونا اعترف بذلك حيث لم يعتبر الزوجة مذنبة، الا أنه اعطى الحق للزوج الأول (الغائب) باسترجاعها وان أنجبت من الزوج الثاني اولادا، شريطة أن يكون غيابه لعذر مشروع<sup>(١)</sup>. أما إذا كان غيابه غير مشروع بان كان كارها لوطنه أو لملكه وهاربا، فلا يحق له استرجاع الزوجة بأي حال من الاحوال<sup>(٢)</sup>.

(١) تنص المادة (٣٠) من قانون اشنونا على ما يلي: (إذا خطف رجل اثناء حرب، أو غارة، أو أخذ أسيراً، وبقي في البلد الثاني (الغريب) مدة طويلة وتزوج رجل آخر زوجته وولدت له اطفالا فعندما يعود يسترجع زوجته).

النص لم يتطرق لموضوع النفقة كما فعل ذلك غيره، فهذا يدل على جواز الفسخ والزواج سواء ترك الزوج الغائب لها النفقة أم لا. وكذلك لم يحدد المدة التي يحق لها الزواج من زوج ثان، كما حدده غيره من القوانين العراقية القديمة، بل احال ذلك للعرف السائد حتى يقرر طول المدة أو قصرها.

(٢) تنص المادة (٣١) على أنه (إذا كره رجل مدينته (وطنه) وسيدته (ملكه) وهرب، ثم أخذ زوجته رجل آخر فعندما يعود لا يحق له استرجاع زوجته).

## المبحث الرابع

### قانون حمورابي

حمورابي هو الملك السادس من ملوك سلالة بابل الأولى (١٨٩٤-١٥٩٤ ق.م) ودام حكمه من (١٧٩٢-١٧٥٠ ق.م)<sup>(١)</sup>. قانونه مدون باللغة البابلية على مسلة وجدت في مدينة (سوسة) عاصمة بلاد عيلام (خوزستان)، اثناء حفريات البعثة التنقيبية الفرنسية (١٩٠١-١٩٠٢).

ويبدو أن قانونه كان تعديلا للتشريعات العراقية السابقة بحذف بعض واضافة بعض، وهو مكون من (٢٨٢) مادة، لكن من المعتقد أن هذه المواد تزيد على (٣٠٠) مادة، ضاعت البقية منها نتيجة تصرف حصل فيها بعد نقلها من بابل الى مدينة سوسة، أو بسبب تخريب حدث في أحد اجزاء المسلة.

وهو مقسم الى (١٣) قسما، كل قسم خُصص لتنظيم جانب معين من علاقات الانسان مع الانسان. وقد خصص لتنظيم شؤون الأسرة القسم الثامن الذي يضم المواد (١٢٧-١٩٤)، فهذه المواد تناولت احكام الزواج، والطلاق، والإرث، والتبني، والتربية، وكل ما له علاقة بالروابط العائلية آنذاك.

(١) الشرائع العراقية القديمة ٢٢٣. حصل الخلاف ايضا في تحديد تاريخ حكم حمورابي وحكم سلالته.

ففي الموسوعة العربية الميسرة (ص٧٤٠) حمورابي عاش حوالي (٢١٠٠ ق.م). وفي قوانين حمورابي المرجع السابق (ص٣): حكم حمورابي (١٧٢٨-١٦٨٦ ق.م). وفي الأسرة في الشرع الاسلامي المرجع السابق (ص١٥) جاء حمورابي (١٩٤٨-١٩٠٥ ق.م). وفي (الطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون) للدكتور احمد الغندور (ص١٨): (شريعة حمورابي كانت معمولاً بها في بابل في الدولة الكلدانية قبل (٢٠٠٠ ق.م). وجاء في (التوراة والتاريخ) العدد (١٤) سلسلة كلام الله، تعريب عمانؤيل (ص٦): (جاء حمورابي بعد النبي ابراهيم عليه السلام بقليل، بدليل أن المعلومات التي اسفرت عنها حفريات (١٩٣٣-١٩٥٠م) تدل على تشابه بين الاخلاق والآداب البابلية وبين ما جاء بها ابراهيم ويعقوب عليهما السلام من الاخلاق والآداب كما يرويها الكتاب المقدس).

ومكذا تعددت الآراء في هذا التحديد ولكل وجهة هو موليها والله اعلم بالحقيقة.

## فرق الزواج في قانون حمورابي:

تعددت الأسباب والطرق لفرقة الزوجين وانتهاء العلاقة الزوجية في قانون حمورابي، نذكرها بشيء من التفصيل لأهمية ذلك، مع التأكيد على أن هذا القانون قد أخذ بمبدأ الطلاق المقيّد، وقرر للزوجة البابلية ضمانات خاصة ضد الطلاق التعسفي. وأهم طرق فرق الزواج ما يلي:

### أولا . الطلاق:

وزع قانون حمورابي الطلاق على الحالات التالية: (تقصير الزوج، وتقصير الزوجة، والعقم، وقبل الدخول):

#### أ - الطلاق بتقصير من الزوج

(أي دون سبب): قرر قانون حمورابي أن كل من يطلق زوجته دون سبب، يعتبر مقصراً ومسؤولاً عن تحمل نتائج من الآثار المالية التي تعتبر ضماناً للزوجة من جهة، وعقاباً للزوج من جهة أخرى<sup>(١)</sup>.

#### ب - الطلاق بتقصير من الزوجة:

إذا صدر من الزوجة تصرف مشين يبرر طلاقها، يكون الزوج مخيراً بين أن يطلقها ويحرمها من جميع الحقوق، وبين أن يبقيها في البيت كجارية، ويتزوج عليها زوجة ثانية<sup>(٢)</sup>.

<sup>(١)</sup> المادة (١٣٧) من قانون حمورابي تنص على ما يلي: (إذا قرر رجل أن يطلق (الشوكيتوم) التي أولدت له أولاداً، أو أن يطلق الناديتوم التي جهزته بالأولاد، فعليهم أن يعيدوا لها هديتها (ما جلبته من بيت أبيها) ويعطوها نصف محصول الحقل والبستان ونصف الأموال المنقولة. وعليها تربية الأولاد، وبعد تربيتها لأولادها عليهم أن يعطوها حصة وريث واحد من كل شيء أعطوها لأولادها، ولها أن تأخذ الزوج الذي ترضيه).

الشوكيتوم أو (الشوكيتم) والناديتوم من أصناف الكاهنات وهما أقل درجة من الكاهنة العليا، ومن الزوجة الاعتيادية أيضاً. القانون في العراق القديم المرجع السابق ص ٢٥٣.

كاهنة الناديتوم يحق لها الزواج ولكن لا يحق لها أنجاب الأطفال، وتجهيز الأطفال لزوجها يكون عن طريق اهدائها إياه امرأة كاهنة من نوع (الشوكيتوم) لتقوم بالمهمة. أنظر التشريعات العراقية القديمة ص ١٤٣.

**ج - الطلاق بسبب العقم:**

إذا كانت الزوجة عقيماً لم تلد له أولاداً فله أن يطلقها، وعليه مقابل ذلك أن يعطيها هدية زواجها (مهرها) وكل ما جلبته من بيت أبيها<sup>(٢)</sup>.  
 فإذا لم يكن لها هدية (مهر) فعليه أن يعطيها مبلغاً من المال يتناسب وحالته المادية تعويضاً لها عن الطلاق، فإن كان الزوج (أويلم) (أي متمكناً مالياً) يلزم بان يعطيها (المنّا) من الفضة. أمّا إذا كان الزوج مشكينم (أي مسكيناً وغير متمكن) فيجب عليه ثلث (المنّا) من الفضة<sup>(٣)</sup>.

**د - الطلاق قبل الزفاف:**

بموجب قانون حمورابي كان للزوج الحق في أن يطلق زوجته قبل الدخول والانتقال الى بيت الزوجية، وإن لم يكن هناك سبب يبرر الطلاق وذلك على الرغم من انعقاد الزواج.

(١) المادة (١٤١) منه تنص على أنه (إذا عزمت زوجة رجل تعيش في بيت رجل (أي في بيت زوجها) على الخروج من البيت ومارست عملاً خريبت به بيتها وأحطت من شأن زوجها فعليهم أن يثبتوا ذلك عليها، فإذا قال (أراد زوجها) بانه سوف يطلقها فيمكنه أن يطلقها وسوف لا يعطيها نقود طلاقها. وإذا قال زوجها بانه سوف لا يطلقها فلزوجها الحق أن يأخذ زوجة ثانية وسوف تعيش تلك المرأة (الزوجة الأولى) كأمة في بيت زوجها).

(٢) المادة (١٣٨) تنص على أنه: (إذا أراد رجل أن يطلق زوجته التي لم تلد له أولاداً فعليه أن يعوضها نقوداً بقدر مهرها، ويسلمها الهدية التي جلبتها من بيت أبيها ثم يطلقها).

(٣) المادة (١٣٩) تنص على ما يلي: (إذا لم يكن هناك مهر فعليه أن يعطيها منّا واحداً من الفضة مقابل الطلاق).

المادة (١٤٠) نص هذه المادة في الشرائع العراقية القديمة للدكتور فوزي رشيد (ص ١٤٣) كما يلي (إذا كان الزوج (مولي) فعليه أن يعطيها ثلث (المنّا) من الفضة ثم يطلقها).

وفي ترجمة الاستاذ عبده حسن الزيات المنشورة في مجلة القضاء السنة الثانية العدد الخامس كانون الأول ١٩٣٦ كما يلي: (فإن كان من افراد العامة اعطاها ثلث مينا من الفضة).

وفي ترجمة الدكتور عامر سليمان (القانون في العراق القديم (ص ٢٥٤) كما يلي: (فإن لم يكن هناك هدية للزواج فعليه أن يعطيها مبلغاً من المال يتناسب وحالته المالية تعويضاً لها عن الطلاق، فإن كان (أويلم) فعليه أن يعطيها منّا من الفضة (م ١٣٩). أمّا أن كان (مشكينم) فعليه أن يعطيها ثلث منّا من الفضة (م ١٤٠). وفي اعتقادي أن هذه الترجمة هي الصحيحة، وإن المقصود من أويلم الشخص المتمكن مالياً. كما أن المقصود من مشكينم هو المسكين (من يكون من الطبقة المتوسطة أو دون المتوسط).

ويبدو أن الانتقال الى بيت الزوجية والدخول كإنا يعتبران من متمات الزواج الكامل المستقر بحيث بعد ذلك لا يحق للزوج الطلاق دون سبب<sup>(١)</sup>.

## ثانيا . فسخ الزواج بالغياب:

عاجلت المواد (١٣٣-١٣٦) من قانون حمورابي مصير العلاقة الزوجية عندما يكون الزوج مفقودا (أو غائبا غيبة منقطعة) وتحدد الحالات والظروف التي يحق فيها للزوجة فسخ الزواج والتزوج من زوج ثان. كما ميّزت هذه المواد بين حكم الغياب المشروع والغياب غير المشروع، وبين وجود النفقة وعدمها، وهذا ما أوضحه فيما يلي:

أ - في حالة وجود النفقة الكافية لزوج الغائب:

لا يحق لها فسخ زواجها والتزوج من زوج ثان<sup>(٢)</sup>

وإذا لم تحافظ على نفسها في حالة توفر النفقة، بل تركت بيت زوجها ودخلت بيت زوج ثان وتزوجت منه، تعاقب بالموت بالقائها في النهر، لأنها لا تملك حق الفسخ والزواج في حالة وجود النفقة الكافية وكون الغياب لسبب مشروع<sup>(٣)</sup>.

ب - فإن لم يترك الزوج الغائب موردا تتمكن زوجته من أن تعيش عليه فلها أن تفسخ الزواج بارادتها المنفردة وتتزوج من زوج ثان<sup>(٤)</sup>.

(١) تنص المادة (١٥٩) منه على أنه: (إذا جلب رجل هدية الخطوبة الى بيت عمه واعطى المهر، ونظر (بعدئذ) الى امرأة ثانية وقال لعمه: (لن اتزوج ابنتك) فلواد الفتاة أن يأخذ كل شيء كان قد جلبه اليه).

وتقديم الهدية والمهر يعتبر بمثابة عقد الزواج والاعراض عن الزوجة يعتبر طلاقاً في قانون حمورابي عند الباحثين وعلماء الآثار. أنظر الدكتور عامر سليمان المرجع السابق (ص ٢١٧). لكن يبدو لي من ظاهر النص أن هذه العملية فسخ للخطبة الا اذا قلنا أن تقديم المهر قرينة على أنقضاء الزواج. ومن الجدير بالذكر أن التطلق (أو التفريق القضائي) قبل الدخول قد اقره قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل في المادة (٤٣) الا أن هذا الحق ثابت للزوجة دون الزوج.

(٢) المادة (١٣٣/أ) تنص على ما يلي: (إذا أسر رجل وكان في بيته الطعام (الكافي) فعلى زوجته أن تحافظ على نفسها (عفتها) مدة غياب زوجها ولا يحق لها دخول بيت رجل ثان).

(٣) المادة (١٣٣/ب): (فإن لم تحافظ تلك المرأة على عفتها ودخلت بيت رجل ثان فعليهم أن يثبتوا هذا على تلك المرأة ويلقوها في الماء).

(٤) المادة (١٣٤): (إذا أسر رجل ولم يكن في بيته الطعام (الكافي) ودخلت زوجته بيت رجل ثان فإن هذه المرأة لا ذنب لها).



غير أن كلاً من الفسخ والزواج الثاني أن أقره قانون حمورابي صراحة فإنه أعطى للزوج الغائب حق استرجاع زوجته بعد رجوعه الى بلده اذا كان غيابه لسبب مشروع سواء دخل بها الزوج الثاني أو لا، وسواء أنجبت الاطفال منه أو لا<sup>(١)</sup>.

ج - واذا كان غياب الزوج لسبب غير مشروع بان هرب من مدينته وكان كارها لها، وناكرا لجميلها، فان للزوجة الحق في أن تتزوج من زوج ثان بعد فسخ زواجها من قبل نفسها. ولا يحق للزوج أن يسترجعها اذا عاد الى بلده سواء كان تاركاً لها النفقة الكافية أو لا، وسواء أنجبت الأولاد من الزوج الثاني أو لا، وذلك لان النص الذي يقر الفسخ والزواج وعدم العودة الى الزوج الأول ورد مطلقاً والمطلق يحمل على اطلاقه ما لم يكن هناك دليل يدل على تقييده<sup>(٢)</sup>.

### ثالثاً . الفرقة بالتحكيم:

قانون حمورابي كان يعرف التحكيم ويرقر عرض خلاف وشقاق الزوجين على الحكّمين لدراسة سبب الخلاف، وتحديد الطرف المقصر من الزوجين ثم اقرار العمل بمقتضى ذلك.

أ - فاذا ثبت أن المقصر هو الزوج فيسمح للزوجة باستخدام حقها في الطلاق وأخذ جميع ما جلبته معها الى بيت الزوجية والرجوع الى أهلها<sup>(٣)</sup>

ب - واذا ثبت لأهل التحكيم أن الزوجة هي المقصرة فانها يحكم عليها بالاعدام وتلقى في الماء حتى تموت غرقاً<sup>(١)</sup>.

(١) المادة (١٣٥) تنص على أنه: (اذا اسر رجل ولم يكن في بيته الطعام (الكافي) ودخلت زوجته قبل عودته بيت رجل ثان وانجبت منه أولاداً وبعد ذلك رجع زوجها ووصل مدينته، فعليها أن تعود لزوجها، والأولاد بعد ذلك يذهب كل منهم الى ابيه).

ويتفق هذا مع المادة (٣٠) من قانون اشنونا.

(٢) المادة (١٣٦) تنص على ما يلي: (اذا نبذ رجل مدينته وهرب ودخلت زوجته بعد ذلك بيت رجل ثان، فاذا عاد هذا الرجل وضبط زوجته في بيت رجل ثان فلا ترجع زوجة الهارب الى زوجها، وذلك بسبب كرهه لمدينته وهربه منها).

ويتفق حكم هذه المادة مع ما ورد في المادة (٣١) من قانون اشنونا.

(٣) المادة (١٤٢): (اذا كرهت امرأة زوجها وقالت له لا تأخذني (لا تضاجعني) ففي دائرة بلديتها سوف يدرس سلوكها، فان كانت محترسة ولم ترتكب خطيئة، بينما زوجها يخرج كثيراً من البيت ويحط من شأنها، فلا جرم على تلك المرأة، ويمكنها أن تأخذ هديتها (التي جلبتها من بيت ابيها) وتذهب الى بيت والدها).

## رابعاً . الفرقة بالعلل :

يبدو جانب الرأفة والانسانية واضحا في قانون حمورابي بالنسبة الى الزوجة المريضة حيث حرم هذا القانون على زوجها أن يطلقها وان كان الممرض بما لا يرجى شفاؤه، كما فرض عليه القيام بمدايراتها ورعايتها، ما دامت على قيد الحياة<sup>(١)</sup>.

ولكنه يسمح للزوج أن يتزوج من امرأة ثانية.

وبعد الزواج الثاني اعطى القانون حق الطلاق للزوجة المريضة اذا رغبت في الرجوع الى أهلها<sup>(٢)</sup>.

هذا بخلاف القوانين الحديثة التي تمنح هذا الحق للزوج دون الزوجة المريضة.

## خامساً . الفرقة بالمصاهرة :

اعتبر قانون حمورابي المصاهرة من موانع الزواج كما اعتبرها من أسباب إنهاء العلاقة الزوجية اذا طرأت بعد الزواج، ولو كانت هذه المصاهرة آتية بطريقة غير مشروعة فاذا عاش الأب زوجة ابنه قبل أن يدخل هو بها، فإن ذلك ينهي العلاقة الزوجية بين الابن وزوجته، وعلى الأب أن يدفع للزوجة غرامة مالية، وان يسلمها كل ما جلبته من بيت أبيها<sup>(٣)</sup>.

(١) المادة (١٤٣): (اذا كانت غير محترسة، وتخرج كثيراً، وتضرب بذلك بيتها وتحط من شأن زوجها، عليهم أن يلحقوا تلك المرأة في الماء).

(٢) المادة (١٤٨): (اذا أخذ رجل زوجة وأصابها مرض خطير فاذا عزم على الزواج من امرأة ثالثة فيمكنه أن يتزوج، ولا يجوز له أن يطلق الزوجة المصابة بالمرض الخطير، ولها أن تسكن في البيت الذي بناه، ويستمر الزوج في تحمل مسؤوليتها ما دامت على قيد الحياة).

(٣) المادة (١٤٩): (فاذا لم ترغب تلك المرأة المصابة بالمرض العيش في بيت زوجها (بعد تزوج امرأة ثانية)، فعليه أن يسلمها هديتها التي جلبتها من بيت أبيها ولها أن تذهب).

(٤) المادة (١٥٦): (اذا اختار رجل عروسة لابنه ولكن ابنه لم يتصل جنسياً بها ونام هو في حضنتها، فعليه أن يدفع لها نصف (المتا) من الفضة، ويسلمها كاملاً كل شيء كانت قد جلبته من بيت أبيها، ولها الحق أن تختار الزوج الذي يناسب رغبتها).

ومن المجدير بالذكر أن بعض فقهاء المسلمين أقرّوا ثبوت المصاهرة بالزنى<sup>(١)</sup>.  
 أمّا إذا قام الأب بعملية الاتصال الجنسي بزوجة ابنه بعد دخول الابن بها، فإنه يحكم عليه  
 بالموت ويلقى في الماء حتى يموت غرقاً<sup>(٢)</sup>.  
 ولكن لم يبين لنا حمورابي مصير الرابطة الزوجية بين الابن وزوجته بعد ذلك، كما لم  
 يتطرق الى مسؤولية الزوجة كشريكة الجريمة. ويمكن أن يفسر سكوت قانون حمورابي عن  
 عقاب زوجة الابن بأنها تكون في هذه الحالة مكرهة على الجريمة مادياً أو أدبياً باستخدام  
 الأب نفوذه وسلطته عليها.

(١) كآبي حنيفة، والثوري، والأوزاعي، وقول لمالك. ينظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد  
 ٢٩/٢.

(٢) المادة (١٥٥): (إذا اختار رجل عروسة لابنه واتصل بها جنسيا وقبضوا بعدئذ على الرجل  
 (والد الزوج) وهو نائم في حضنها، فعليهم أن يوثقوا هذا الرجل، ويرموه في الماء).  
 ينظر الشرائع العراقية القديمة للدكتور فوزي رشيد ص ١٤٦.

## المبحث الخامس

### الطلاق في القانون الحيثي

عُثر في خرائب (حتوش) عاصمة الحِيثيين التي تقع شرقي أنقرة على عدد كبير من الألواح الطينية، دون على بعضها بالخط المسماري وباللغة الحيثية (أو الأكديّة) مجموعة قوانين مكونة من (٥٦) جزء. ولم يعرف لحد الآن بالضبط تاريخها ولا اسم المشرع الذي أصدرها ويعتقد أنها تعود الى القرن الثالث عشر أو الرابع عشر قبل الميلاد. فالقانون الحيثي اهتم كثيراً بالقضايا الجنائية بالاضافة الى تنظيم أسعار المواد الغذائية والصناعية، ووضع الحد الأدنى لاجور العمال، وقرار بعض الامتيازات لرجال الجيش...

أما الأحكام الخاصة بشؤون الأسرة والأحوال الشخصية فيبدو أنه تركها للقواعد العرفية السائدة آنذاك. والنص الوحيد الذي حصلت عليه بالنسبة الى الطلاق هو المادة (٣١) التي تعتبر بحق مقرة لحكم وحيد لم يثبت لحد الآن في جميع التشريعات العراقية القديمة.

وهذا الحكم هو اتفاق الزوجين على إنهاء العلاقة الزوجية مقابل عوض وهذا ما يسميه فقهاء المسلمين (الخلع) حيث تنص هذه المادة على أنه (إذا احب رجل من الاحرار رقيقة وعاشرها باعتبارها زوجته، وشيدا دارا، وانجبا أولادا، وعلى أثرها وقع الخلاف بينهما، واتفقا على الافتراق واقتسما الدار، فان الرجل يأخذ الأولاد، ولكنه يترك واحدا منهم للمرأة)<sup>(١)</sup>.

(١) ينظر الدكتور صبيح مسكوني المرجع السابق ص ٢١٩.

## المبحث السادس

### الطلاق في القوانين الآشورية الوسيطة

### والقضاء العراقي القديم

#### أ- الطلاق في القوانين الآشورية الوسيطة:

اكتشفت بعض الألواح الطينية من قبل جمعية الشرق الألمانية اثناء تنقيباتها خلال الفترة الواقعة بين (١٩٠٣-١٩١٨) في قلعة شرقاط (آشور القديمة).

فقد تم التعرف على تسعة الواح مسمارية تضم مواداً قانونية يرجع تأريخها الى العصر الآشوري الوسيط، وهي الآن محفوظة في المتحف الوطني في برلين الشرقية. ويعتقد علماء الآثار أن تأريخها يعود الى الفترة الواقعة بين (١٣٥٠-١٢٥٠ ق م)<sup>(١)</sup> أو (١٤٥٠-١٢٥٠ ق م)<sup>(٢)</sup>.

وتناولت المواد (٢٥-٤٦) أحكام الاحوال الشخصية، وقد خصصت المواد (٣٦-٣٨) لأحكام الطلاق.

ويُستشف من هذه المواد: أن تشديد تقييد حرية الارادة في الطلاق لم يعد باقياً في هذا العهد كما كان سابقاً.

لان هذا القانون يُعطي للزوج الحق في أن يطلق زوجته دون سبب، كما له أن يحرمها من الحقوق المترتبة على الطلاق وان لم يكن هناك تقصير من الزوجة ببرد ذلك<sup>(٣)</sup>، حيث أن النص رد مطلقاً، والمطلق يعمل باطلاقه ما لم يقم دليل على خلاف ذلك. كذلك أعطى الحق للزوج

(١) ينظر الدكتور عامر سليمان المرجع السابق ص ٢٧٩.

(٢) ينظر الدكتور فوزي رشيد المرجع السابق ص ١٩٣.

(٣) المادة (٣٧): (إذا طلق رجل زوجته فان شاء يعطيها شيئاً، وان لم يشأ فلا يعطيها أي شيء، ويتركها تذهب خالية اليدين).

أن يطلق زوجته قبل الدخول وإن يسترجع الحلي الذي قدمه لزوجته، ولكن لا يحق له استرجاع الهدايا<sup>(١)</sup>.

لكن الشيء الذي يلفت النظر في هذا القانون هو أنه قد شدد في المادة (٣٦) منه على الزوجة أكثر من أي قانون عراقي قديم في حالة غياب زوجها أو فقدانه، حيث فرض عليها الالتزام بالعلاقة الزوجية على الرغم من عدم ترك أي مورد لنفقتها من قبل الزوج الغائب.

فإن كان لها أولاد قادرون على العمل فعليها الانتظار مهما طال الغياب والا فلها الزواج بعد مضي خمس سنوات على الغياب.

فاذا رجع الزوج الغائب وتمكن من أن يثبت أن سبب غيابه كان خارجاً عن إرادته، فله حق استرجاع الزوجة بشرط أن يعطي امرأة بدل زوجته لزوجها الثاني ويأخذ هو زوجته. وإذا كان الغياب بسبب مهمة كلف بها من قبل الملك، فليس لها الزواج مطلقاً، فإذا خالفت وتزوجت قبل مضي خمس سنوات وانجبت أطفالاً من الزوج الثاني، فللزوجة عند عودته أن يستعيدها ويأخذ أولادها أيضاً لأنها لم تلتزم بالقانون.

غير أن هذه المادة تعارضها المادة (٤٥) من هذا القانون، واعتقد أنها جاءت تعديلاً لحكم المادة (٣٦) حيث تنص على أنه إذا أسر الزوج ولم يكن للزوجة ابن أو حما، فعليها أن تبقى مخلصاً لزوجها مدة عامين، فإن لم يكن لديها ما تعيش منه فعليها أن تذهب للقصر وتعلن ذلك وتُصبح تحت وصاية الملك. فإن كان للزوج بيت أو حقل مقطوع في المدينة فلها أن تتقدم إلى القضاء وتطالب ببيت وحقل زوجها المقطوع له ولها أن تأخذ ريع البيت والحقل، وتعيش من مورده مدة سنتين، ولها بعد ذلك أن تتزوج من الرجل الذي تريده، وتعتبر بالنسبة للزوج الأول كأرملة، فإن عاد الزوج فله أن يستعيد زوجته ولكن ليس له أن يأخذ أولادها من زوجها الثاني، وله أن يستعيد البيت والحقل الذي كان قد أُعطي لزوجها الثاني بعد الزواج. أما إذا ثبت وفاة الزوج الغائب فللملك أن يوزع أملاكه كما يشاء<sup>(٢)</sup>.

(١) المادة (٢٨): (إذا كانت امرأة لا تزال تعيش في بيت والدها وطلقها زوجها يجوز له استرجاع كل الحلي التي قدمها لها ولكن لا يحق له استرجاع هدية الزواج التي قدمها، ولا يعطى له أي حق على الزوجة).

(٢) ينظر الدكتور عامر سليمان المرجع السابق ص ٢٨٧. j. vandijk, neusu merische gerichtsurdunen in baghdad znfxxi (1963) p. 7077 نقلاً عن الدكتور فوزي رشيد الشرائع العراقية القديمة ص ٤٥.

## ب- الطلاق في القضاء العراقي القديم:

يؤخذ من بعض التطبيقات القضائية السومرية أنه كان للزوجة حق المطالبة بالطلاق، (أو التفريق القضائي) إذا ارتكب الزوج الخيانة الزوجية. ومن الشواهد على ذلك قرار قضائي صادر في زمن الملك (أشي - دكان) (١٩٥٣-١٩٣٥ ق.م) وهو أحد ملوك سلالة إيسن (٢٠١٧-١٧٩٤ ق.م). وخلاصة القضية: أن الزوجة (أشار - أومي) قد رفعت دعوى إلى قضاة مدينتها اتهمت فيها زوجها بممارسة عملية اللواط. وبعد أن استطاعت هذه الزوجة أن تثبت أمام القضاء أنها شاهدت زوجها وهو يضاجع رجلاً آخر، أصدر القضاة حكمهم باسم الملك فحلّقوا رأس الزوج، وثقّبوا أنفه، وأخذوه في مسيرة تشهيراً به وسمحوا للزوجة بالطلاق.

### الاستنتاج:

بالامكان أن نستنتج من استعراض الشرائع العراقية القديمة فيما يتعلق بمدى سلطان الإرادة في الطلاق: أن هذه الشرائع وإن سمحت بالطلاق إلا أنها فرضت قيوداً كثيرة على إرادة الزوجين في الطلاق أهمها ما يلي:

- ١- استرقاق الزوجة إذا كانت سيئة السيرة كما جاء في المادة (١٤١) من قانون حمورابي.
- ٢- عقاب الزوجة بالموت إذا أرادت طلاق زوجها كما ورد في سلسلة (أنا أيتشو) في العهد السومري المادة (٥) إلا أن قانون حمورابي قيّد أنزال هذا العقاب بوجوب استصدار قرار قضائي وبأن تكون الزوجة قد ارتكبت ما يندس شرف زوجها كما ورد في المادة (١٤٣) من قانون حمورابي.
- وكذلك تعاقب بالموت إذا فسخت زواجها وتزوجت من زوج ثان عند غياب زوجها وتوفر النفقة الكافية (م١٣٣/ب) قانون حمورابي.
- ٣- طرد الزوج من البيت وحرمانه من جميع ممتلكاته المنقولة وغير المنقولة إذا طلق زوجته التي أنجبت منه الأولاد وتزوج زوجة ثانية. كما جاء في المادة (٦٠) من قانون (أشنونا).

٥٠ ..... مدى سلطان الإرادة في الطلاق في الشرائع والقوانين والأعراف

٤- فرض غرامة مالية على الزوج الذي يطلق زوجته دون سبب ضمانا للزوجة وعقابا للزوج كما اقرته المادة (١٣٧) و (١٤٢) من قانون حمورابي. والمادة (٦) من قانون (انا ايتشو).

٥- اقتسام الزوجين لأموال الأسرة مناصفة في حالة الطلاق باتفاق الطرفين كما في المادة (٣١) من القانون الحالي.



## الفصل الثاني

### الطلاق في وادي النيل

( ٣٠٠٠-٣٠٠ ق.م )

لقد سَنَّ قدماء المصريين نظاماً للزواج كان مبنياً على أساس تمتع المرأة بحرية كاملة في زواجها، وعلى توفر ضمانات مالية تُستخدم كعقوبة ضد الطلاق. والزواج كان يتم بإرادة الزوجين، فلا إكراه على الزواج، ولا صحة له ما لم يقتن برغبة تامة، ورضاء كامل. وكانت صيغة الإيجاب والقبول تتضمن ضمانات مالية تحول دون الإقدام على الطلاق ما لم تكن هناك ضرورة تحتمه وتبرر جوازه.

### صيغة الزواج:

كان الزوج يقول للزوجة حين إنشاء عقد الزواج: (أعطيتك مهراً مقداره كذا، فإذا أبغضتك، وتزوجت غيرك في حياتك، أعطيتك مبلغاً آخر زيادة على مهرك، وصارت جميع الأموال الحاضرة والمستقبلية تأميناً لك، وضماناً للوفاء بهذا العهد). وكانت الزوجة تقول في قبولها لعقد الزواج: (قد قبلت زواجك، ومهرك، وصرت زوجة لك، فإذا أبغضتك، أو أحببت غيرك، رددت لك مهرك، وأتنازل لك من جميع أموالي)<sup>(١)</sup>.

### مشروعية الطلاق:

لدى قدماء المصريين كان الطلاق مشروعاً عند قيام سببه، ولكن في حالة عدم وجود المبرر كان يعتبر جريمة تضع الزوج في مسؤولية كبيرة أمام الله وأمام الرأي العام. ويبدو ذلك واضحاً في قول (فتاح سحبت) - وهو من أقدم الأدباء المصريين - (انت أيها الشاب الذي أحببت هذه الفتاة وأحببتك وهي عذراء، اعلم أنك إذا تركتها بعد زواجها ارتكبت أكبر الجرائم أمام الله والناس)<sup>(٢)</sup>.

(١) ينظر الزواج والطلاق في جميع الأديان المرجع السابق ص ٥٠٠.

(٢) المرجع السابق ص ٥٠١.

## ندرة الطلاق:

بفضل الضمانات المالية التي كان يتضمنها عقد الزواج وبمقتها الطلاق كفرامة عقابية على كل من يقدم عليه دون سبب، وبقوة السيطرة النسوية على الرجال: أصبح الطلاق في وادي النيل نادراً أو معدوماً خلال فترة زمنية طويلة.

يقول صاحب (المقارنات والمقابلات): (ذكر بعض الثقات الباحثون الفقهاء: أن الطلاق كان جائزاً عند قدماء المصريين، وكذا تعدد الزوجات، إلا أن النساء تغلبن بدهائهن، وكياستهن على الرجال حتى نسخ الطلاق وتعدد الزوجات بطرق حكيمة كفّلت لهن التسلط على الرجال، وأسهرهم بالمال، فأصبح الرجال في قبضة الزوجات بحكم القانون)<sup>(١)</sup>.

ويقول (ديودو الصقلي): (أن طاعة الزوج لزوجته في وادي النيل كانت من الشروط التي تنص عليها عقود الزواج)<sup>(٢)</sup>.

إذا طاعة الزوج وإخلاصه، وسيطرة الزوجة، ودهاؤها، والضمانات المالية وثقلها.. كانت من أهم القيود التي حددت سلطان الإرادة في الطلاق، بحيث أصبح نادراً لم يلجأ إليه إلا في حالات الضرورة، ولأسباب خاصة معينة منها الخيانة الزوجية.

يقول (ول ديورانت): (إن الحياة العائلية في وادي النيل كانت منظمة ذات مستوى رفيع من الوجهة الأخلاقية، ومن حيث سلطان الأبوين، وكان الطلاق نادراً إلا في عهد الاضمحلال، وكان في مقدور الزوج أن يخرج زوجته من داره دون أن يعوضها بشيء إذا زنت، أما إذا طلقها بغير هذا السبب فكان عليه أن يخصص لها جزءاً كبيراً من أملاك الأسرة)<sup>(٣)</sup>.

## حق الطلاق للزوجة:

كان للزوجة في وادي النيل الحق في أن تطلق زوجها عند وجود المبرر إذا اشترطت لنفسها هذا الحق في أثناء إنشاء عقد زواجها وطلبت أن تكون عصمتها بيدها فتطلق نفسها عند

(١) ينظر كتاب المقارنات والمقابلات للاستاذ محمدحافظ صبري الطبعة الأولى ١٣٢٠هـ/ ١٩٠٢م ص ٣٤٤

(٢) ينظر قصة الحضارة تأليف ول ديورانت ترجمة محمد بدران ٩٧/٣.

(٣) ينظر قصة الحضارة، المرجع السابق ٩٥/٣.

(١) الحاجة .

ومن الجدير بالذكر أن هذا الحق ثابت للزوجة لدى فقهاء المسلمين بنفس الشرط المذكور وبغيره كان يملكها الزوج هذا الحق أو يغيرها فيه بعد الزواج<sup>(٢)</sup>.

## حق الزواج من الاقارب:

نتيجة الضمانات المالية المقررة لصالح الزوجة كان المصريون القدماء يبذلون قصارى جهودهم في الاخلاص لزوجاتهم، فكان مركز المرأة عندهم أرقى من مركزها لدى كثير من الأمم في تلك الأيام.

وقد علل الباحثون هذا الاخلاص والخضوع من الأزواج للزوجات بان المرأة المصرية كانت تؤول إليها جميع أموال زوجها بمقتضى عقد الزواج وشروطه، الأمر الذي دفع الرجال المصريين الى زواجهم بالأخوات، لانهم كانوا ييغفون أن يتمتعوا بميراث الأسرة الذي كان ينتقل من الأم الى البنت، ولا يريدون أن ينعم الغريباء بهذه الثروة. وكذلك كان الملك في وادي النيل يتزوج من أخته، بل كان يحدث أحياناً أن يتزوج ابنته ليحتفظ بالدم الملكي نقياً خالصاً من الشوائب<sup>(٣)</sup>.

## النظام المالي للزوجين:

كان النظام المالي للزوجين في وادي النيل مبنياً على فصل مال كل منهما عن مال الآخر، واستقلالية كل منهما في التصرف في ماله، غير أن حق التصرف المطلق كانت تتمتع به الزوجة فقط دون الزوج، فلها أن تتصرف في أموالها دون الرجوع الى اذن الزوج. وبعكس ذلك لم يكن للزوج التصرف ما لم يحصل مسبقاً على اذن من زوجته، وذلك لان جميع أمواله كانت تعتبر بمثابة رهن لضمان الحفاظ على رابطة الزوجية تؤول الى الزوجة أن تطلقها دون سبب.

(١) الزواج والطلاق في جميع الاديان المرجع السابق ص ٥٠١.

(٢) ينظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٥٩/٢.

(٣) قصة الحضارة المرجع السابق ٩٥/٢.

ويرى بعض الباحثين أن هذا النظام كان يشبه النظام المالي للزوجين في فرنسا وغيرها من الأمم اللاتينية، حيث كانت المرأة تشتترط في عقد زواجها ما يدرأ عنها ضرر الطلاق وأن على الزوج أن يدفع لها غرامة أن طلقها، وأن لها الرهن العام على أموال زوجها كلها. وإذا طلقها ترفع ولايته عن ابنهما الأرشد الذي يكون وكيلها الشرعي حينئذ<sup>(١)</sup>.

### عهد الاضمحلال وحرية الإرادة في الطلاق:

فقدت مصر كبرياءها، وزحفت على أرضها الأمم المنافسة لها واحدة تلو أخرى، فأباححت أرضها، وخرّبت حضارتها المادية والمعنوية، حيث جاء اللوبيون من الغرب عام ١٩٤٥ ق.م، والأحباش من الجنوب في ٧٢٢ ق.م، والآشوريون من الشمال في ٦٧٤ ق.م، والفرس عبوا برزح السويس في ٥٢٥ ق.م، واجتاحها الاسكندر من آسيا وأخضعها لحكم مقدونية في ٣٣٢ ق.م، وأقل قيصر في ٤٨ ق.م ليستولي على الاسكندرية عاصمة مصر الجديدة.

وفي عام ٣٠ ق.م أصبحت مصر ولاية تابعة لرومة. وهكذا اختفت من التاريخ القديم<sup>(٢)</sup>. فهذه الغزوات المتعاقبة أدت الى أن يتأثر الانسان المصري بعادات وتقاليده الغزاة والى أن تفقد المرأة المصرية ذلك المركز الذي كانت تعتز به من بين نساء العالم.. وبالتالي أصبح سلطان ارادة الزوج حراً أن شاء أمسك زوجته، وأن شاء طلقها، وأن لم يكن هناك مبرر لذلك، فانتشرت ظاهرة الطلاق وكثرة التفكك الأسري.

ومن المؤسف أن نرى هذه الظاهرة لا تزال باقية في مصر على الرغم من تحررها من الاستعمار الأجنبي، وعلى الرغم من استرجاع المرأة المصرية بعضاً من نفوذها وسيطرتها على الرجال!!

ومن نافلة القول أن نقول أن الطلاق في وادي النيل بالنسبة للمسلمين خضع للشرعية الاسلامية منذ الفتح الاسلامي، وللتعاليم المسيحية في ضوء المذاهب السائدة من الكاثوليك، والأرثوذكس، والبروتستانت بالنسبة للمسيحيين منذ اعتناقهم لهذه الديانة. وسيأتي تفصيل ذلك في البابين الثالث والرابع باذن الله.

(١) ينظر قصة الحضارة المرجع السابق ٩٩-٩٥/٢. تأريخ القانون في مصر تأليف بواقيم ميخائيل ص ٢٣-٢٥.

(٢) قصة الحضارة المرجع السابق ١٨٤/٢.

## الفصل الثالث الطلاق في الشرق الأقصى

يتضمن هذا الفصل أربعة مباحث:  
خصص الأول للطلاق الهندي القديم،  
والثاني للطلاق الصيني القديم،  
والثالث للطلاق الفارسي القديم،  
والرابع للطلاق الياباني القديم.

## المبحث الأول

### الطلاق الهندي القديم

عُرِفَ الهندُ بالشرائع والحضارات منذ ٣٠٠٠ ق.م، واشتهرت بكثرة الأديان والمعتقدات التي تضاهي في كثرتها لغات الهند لذا ليس من الغريب أن تحصل فيها تناقضات في نظامي الزواج والطلاق.

وأشهر تلك الأديان: الهندوسية (الهندوكية)<sup>(١)</sup>، و(الجينية)<sup>(٢)</sup>، و(البوذية)<sup>(٣)</sup>، و(البراهمية)، و(المانوية).

### الزواج الهندي القديم:

لقد مر على بعض قبائل الهند القديم شيوع جنسي، فكانت نسوة إحدى هذه القبائل ملكا لجميع رجالها. وبعد أن طرأ عليها بعض من التطور أخذت بنظام الأمومة وظهرت فكرة تعدد الأزواج لزوجاة واحدة. وبجانب ذلك كان هناك نوع آخر وهو أنفراد رجل واحد

(١) ليس لها مؤسس معين يمكن الرجوع اليه كمصدر لتعاليمها وأحكامها، بل الهندوسية دين متطور متكون من مجموعة التقاليد والعادات المنظمة لحياة الأريين جيلا بعد جيل. ويرى البعض: أن الهندوسية فلسفة، أو نظرة الى ما وراء الطبيعة أكثر من أن تكون دينا. ومع ذلك تطلق على طائفة كبيرة من المعتقدات والمواقف الدينية. ينظر النظام السياسي في الهند تأليف نورمان د. بالمر. ترجمة وتقديم الدكتور محمود فتح الله تصدير حسن جلال العروصي ص ٢٨-٢٩.

(٢) مؤسسها وزعيمها مأوبرا ٥٩٩ ق.م. ومن المبادئ الأساسية لطهارة الروح لدى الجينيين هو التحلي بعشر خصال وهي: العفو، والصدق، والاستقامة، والتواضع، والنظافة، وضبط النفس، والتقشف الظاهري والباطني، واعتزال النساء، والايثار.

(٣) مؤسسها بوذا (سذهااتا) (٥٩٩-٥٤٤ ق.م). لم يعن بوذا بالحديث عن الإله، وتحاشى كل ما يتصل بالبحوث اللاهوتية وما وراء الطبيعة اذ كان يرى أن خلاص الانسان متوقف عليه لا على الاله، ويرى الانسان صانع مصيره. ومن كلماته في ذلك: (كونوا لانفسكم جزائر قائمة بنفسها). (وكونوا لانفسكم موائل وكهوبا). (ولا تعتصموا بملأ ذراعي).

بزوجة واحدة، ولكن أجل هذا النوع كان قصيراً. فالخطيب يضع في عنق الفتاة قلادة على ألا تنزعها ويدوم زواجها به ما قبلت هذه القلادة وحافظت عليها. ومن هنا بدأ للمرأة حق الطلاق فتتزوج بعض الأحيان أربعة أزواج أو خمسة بالتتابع، فيجب على كل زوج لاحق أن يرد الى الزوج السابق ما دفعه<sup>(١)</sup>.

وهكذا ظلت المرأة ربة الأسرة الحقيقية، تمارس سلطان هذه الأسرة بمعونة ابنتها البكر، وتختار زوجها وتفارقه بحرية تامة. غير أن هذه الظاهرة انقلبت الى عكسها تماماً بعد حلول السلطة الأبوية محل سلطة الأمومة من جهة، وظهور الأديان المانوية والبوذية وغيرهما من جهة أخرى.

فالسمة العامة لتشريع مانو أنها موجهة ضد المرأة كما يبدو من هذه الفقرات لذلك التشريع: (ان مصدر العار هو المرأة، ومصدر العناء في الجهاد هو المرأة، ومصدر الوجود الديني هو المرأة، إذاً فايك والمرأة، أن المرأة لا تقتصر قدرتها على تضليل الاحق عن جادة السبيل في هذه الحياة فحسب، بل هي كذلك قادرة على تضليل الحكيم...) (٢).

وفي التعاليم الهندوسية: تعيش المرأة وليس لها خيار، سواء كانت بنتاً صغيرة أم شابة، أم عجوزاً، البنت في خيار أبيها، والمتزوجة في خيار بعلها، والأرملة في خيار أبنائها، وليس لها أن تستقل أبداً<sup>(٣)</sup>.

والتعاليم البوذية كانت أكثر تحلفاً وتعسفاً في نظرتها الى المرأة، كما يبدو ذلك من المحادثة التالية بين بوذا وبين ابن عمه (انندا):

انندا: كيف نعامل النساء أيها السيد؟

بوذا: لا تنظر اليهن.

انندا: ولكن اذا اضطررنا للنظر اليهن؟

بوذا: لا تخاطبنهن.

انندا: لكن اذا خاطبناهن؟

بوذا: اذا كن على حذر منهن. لو لم نضم المرأة لدام الدين الخالص طويلا، أما الان بعد دخول المرأة بيننا فلا أراه يدوم طويلا<sup>(٤)</sup>.

(١) الزواج والطلاق في جميع الأديان المرجع السابق ص ٥٤٨-٥٤٩.

(٢) قصة الحضارة المرجع السابق ١٧٨/٣.

(٣) مقارنة الأديان (أديان الهند الكبرى) المرجع السابق ص ٧٢.

## الطلاق في تعاليم وتقاليد الهندوكيين:

تقضي التعاليم والتقاليد الهندوكية (الهندوسية) بأن على المرأة أن ترضى بمن ارتضاه لها والداها زوجاً فتخدمه طول حياته ولا تفكر في رجل آخر بعد مماته. وإن وجدت المرأة زوجها أنه لا يعتني بها ويحب امرأة أخرى فلا تحقد عليه، ولا تقصر في خدمته، ونيل مرضاته. فقد نيطت جنة المرأة برضاء زوجها.

وإذا ابتلى رجل بزوجة شريرة، خداعة، قاسية القلب... فله أن يطلقها ويطردها من بيته. وما لم يكن هناك سبب يُحتم الطلاق فلا يمكن أن يتحقق الافتراق، بل عليهما أن يعيشا بالحب والوفاء لانهما لم يقرنا على اسم الله ليفترقا أو ليتباغضا<sup>(١)</sup>.

وفي تعاليم الهندوكيين: الزواج قدسية عقيدة لا يمكن أنتهاكه والمرأة الفاجرة يمكن أن تهرم من مركزها، وتطرد من طائفتها، ولكن الطلاق بمعناه العادي حتى في هذه الحالة مستحيل، فالزوجة لا تستطيع أن تنشئ رباطاً جديداً، كما لا يمكن أن تبقى في بيت زوجها على أساس أنها جارية - كما قال بذلك قانون حمورابي -.

والعلاج الوحيد الذي بيد الزوجة التي لا تقع عليها لائمة ضد زوجها الذي يبغضها هو الحصول على تصريح بأن تنفصل، وهذا التصريح يعادل التصريح بالانفصال القضائي. ومع ذلك فإن الطلاق الذي يتم بموافقة الزوجين يعترف به قانون الهندوكيين سواء سمحت به تقاليدهم أو لا<sup>(٢)</sup>.

## الطلاق في تشريع مانو:

يأمر هذا التشريع بأن يتولى الوالدان أمر زواج الوليد قبل أن تتولى عليه الرغبة الجنسية، فتتخذ إلى زواج مصيره خيبة الرجاء واليأس المريع. ويصف مانو زواج (الجانذرغا) (الزواج باتفاق الزوجين دون تدخل الآباء) بأنه وليد الشهوة.

(١) مقارنة الأديان المرجع السابق ص ١٧٥-١٧٦.

(٢) المرجع السابق ص ٧٢-٧٣.

(٣) ينظر قصة الزواج تأليف (ادوارد وسترمارك) ترجمة عبد المنعم الزيايدي ص ٣١٠.



ويقول الزواج المفضل القابل للدوام وعدم التعرض للانهياء هو الزواج الذي يدبره الآباء مراعين فيه كل قواعد الزواج من داخل أو من خارج فالشاب ينبغي أن يتزوج داخل طبقتة الاجتماعية، لكنه يختار زوجته من خارج مجموعته العائلية. يقصد بذلك الزواج من غير الأقارب ممن يكونون في مستواه من الناحية الاجتماعية حتى يكون الزواج بعيداً عن الانهياء بالطلاق.

ويقضي تشريع مانو على الزوجة بان تحب زوجها أمّا الزوج فلا ينتظر منه أن يبدي لزوجته حباً وإنما تكفيها الحماية الأبوية لان الأسرة الهندية دخلت في الطراز الأبوي الصميم، فالوالد هو السيد الكامل السيادة على الزوجة والأبناء والعبيد.

ويأمر تشريع مانو بان على الزوجة أن تحاطب زوجها في خشوع قائلة: (يا مولاي) أو (يا سيدي) بل (يا الهي)!!

ويحصر تشريع مانو ما يبرر الطلاق ويميزه في سبب واحد فقط وهو الخيانة الزوجية. فالزوج يطلق زوجته أن خانتها، ولكنها لا تستطيع هي أن تطلقه أو تطلب الطلاق أن خانها. وفي مقدور الزوج اذا شرب زوجته الخمر، أو اذا مرضت، أو اذا شقت عليه عصا الطاعة، أو كانت مسرفة، أو شاكسة أن يتزوج من غيرها في أي وقت شاء (لا أن يطلقها)<sup>(١)</sup>.

### احراق الزوجة مع زوجها بعد مماته:

تأكيداً على ربط مصير الزوجة بزوجها سادت في الهند عادة احراق الزوجة مع جثة زوجها بعد موته، لانها يجب أن ترجع اليه في الحياة الأخرى.

يقول (ول ديورانت): (دخلت الهند عادة حرق الأرامل على الكومة التي يحرق فيها أزواجهن، وقد عارضها البراهمة أول الأمر لكنهم عادوا فقبلوها، وأخيراً خلعوا عليها قدسية دينية تحميها من العبث، وذلك بان جعلوها مرتبطة بأبدية الرابطة الزوجية، فالمرأة اذا تزوجت رجلاً كان عليها أن تظل زوجته وستعود الى الارتباط الزوجي في حياتها المقبلة)<sup>(٢)</sup>. ولكن هذه العادة قلت أو تلاشت بفضل دخول الاسلام في بلاد الهند وبسبب الاحتكاك بالعالم المتحضر.

(١) قصة الحضارة ٣/ ١٨٠.

(٢) المرجع السابق ٣/ ١٨١.

## حسن التعامل مع المرأة في التعاليم الهندية:

على الرغم من أن التعاليم الهندية تفرض على الزوجة أن تخضع لزوجها خضوعاً تاماً فإنها أمرت بحسن التعامل معها:

ففي تشريع (مانو): (لا يجوز ضرب الزوجة ولو بزهره) (وردة).

ومن شعائر الهندوس: (الأسرة التي تحترم المرأة فإن الآلهة تحبها بعطفها. وأمّا الأسرة التي تحتقر فيها المرأة فإن حسناتها تذهب سدى).<sup>(١)</sup>

### الاستنتاج:

نستنتج من هذا الاستعراض أن الحياة الزوجية في الهند القديم مرت بثلاث مراحل:

١- في المرحلة الأولى لا زواج ولا طلاق وإنما كان هناك شيوخ جنسي لدى بعض القبائل في الأقل.

٢- في المرحلة الثانية كان الطلاق بيد الزوجة تفارق زوجاً وتتزوج آخر. وكان ذلك في مرحلة سلطة الأمومة.

٣- في المرحلة الثالثة - مرحلة سيطرة الأديان والسلطة الأبوية أصبح الطلاق مقيداً يمارس في حالات محددة ولأسباب معينة وهي:

أ - حالة ثبوت الخيانة الزوجية من الزوجة.

ب - الطلاق الاتفاقي الذي يتم باتفاق الزوجين.

ج - حصول المرأة على التصريح بالانفصال (التفريق القضائي) عند سوء معاملة الزوج مع زوجته.

د - حالة كون الزوجة شريرة قاسية القلب.

(١) قصة الحضارة المرجع السابق ١٧٢/٣ وما بعدها.

## المبحث الثاني

### الطلاق الصيني القديم

كانت الديانات المعروفة لدى الصينيين قبل الاسلام: ديانة (كونفوشيوسية)<sup>(١)</sup> ، وديانة (الأوتسه)<sup>(٢)</sup> ، وديانة (بوذا) التي دخلت الصين في أوائل القرن الثالث قبل الميلاد بوساطة تجار الهند.

وفي سنة ٧٠٦ ميلادية دخل القائد الاسلامي قتيبة بن مسلم الباهلي بلاد الصين فاتحاً لها، ولم ينته العصر العباسي حتى كان للإسلام شأن عظيم في الصين.

### الزواج الصيني القديم:

كان أبو الزوج قبل أن يعقد لابنه على فتاة يذهب الى أبيها فيأخذ إسمها، ويوم ميلادها، ثم يقارن بينها وبين اسم ابنه ويوم ميلاده فان وجد الطالع موافقاً أقدم على عقد الزواج والا فلا.

واذا وقع الاختيار عليه يذهب أقارب الزوج مع الفتاة الى الحمام لرؤية جسمها وهي عارية عن الثياب.

وبعد ذلك يدفع الزوج المهر بدون أن يسمح له رؤية عروسه. وفي اليوم المحدد للزفاف ينصب قرب دار العروس صيوانان مملؤان بالشعير والقمح، فيجلس العروسان بجانبهما قليلاً، ثم يمشيان في احتفال عظيم يرميهما الأهل والأقارب بالقمح والشعير الموجودين في الصيوانين الى أن يصل بيت الزوج فيجلسان معاً على مائدة يأكلان منها بعض الشيء.

(١) نسبة الى كونفوشيوس (٥٥١-٤٧٨ ق.م) ومسقط رأسه مدينة (تشو - فو). أنظر قصة الحضارة ٤/٤١.

(٢) كان معاصراً لكونفوشيوس وترك وراءه مذهبا اسمه التاوية نسبة الى (تأو) بمعنى (الطريق). ويقوم مذهبه على تزكية النفس، وتجريدها من شهواتها. أنظر الاسرة في الشرع الاسلامي للاستاذ عمر فروخ ص ٢٤.

فعندئذ يعتبر أن عقد الزواج قد تم<sup>(١)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن كونفوشيوس كان يرى أن ثمة شيئاً من التناقض بين الفلسفة وبين الزواج.

وهو قد تزوج في التاسعة عشرة من عمره وطلق زوجته وهو في الثالثة والعشرين. ويرى الباحثون أنه لم يقدم على الزواج مرة أخرى<sup>(٢)</sup>.

## مركز الزوجة الصينية:

كانت الزوجة الصينية مستعبده لزوجها، فإذا أساءت معاملة زوجها فأنها تعاقب بمائة جلدة بينما لم يكن هناك أي عقاب على أسائه إليها.

تقول السيدة (بان هو)<sup>(٣)</sup> الصينية في رسالة تصف فيها مكانة المرأة آنذاك: (نشغل نحن النساء آخر مكان في الجنس البشري، ونحن أضعف قسم من بني الانسان، ويجب أن يكون نصيبنا أحقر الأعمال، وما أعدل ما يقوله في حقنا كتاب قوانين الجنسين وأصدقاه: إذا كان للمرأة زوج يرتضيه قلبها وجب أن تبقى معه طيلة حياتها، وإذا كان للمرأة زوج لا يرتضيه قلبها وجب أن تبقى معه أيضاً طيلة حياتها)<sup>(٤)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن المرأة الصينية كان لها مركز عال في العهود التي كان سلطان الأمومة يعلو سلطان الأبوة في الأسرة. وبعد انعكاس هذه الظاهرة الاجتماعية وحلول سلطان الأب محل سلطان الأم، وبعد مجيء الديانة الكونفوشية بصورة خاصة أخذ مركز الزوجة يتلاشى شيئاً فشيئاً حتى وصل الأمر إلى حد منعهم من أن يعيشوا مع الرجال في غرفة واحدة أو يختلطوا بهم فكانت الزوجة معزولة عن الرجل حتى في بيت الزوجية. وبالإضافة إلى ذلك كان عليها أن تبقى أرملة مدى الحياة إذا مات زوجها بل أحياناً يطلب منها أن تحرق نفسها تكريماً له<sup>(٥)</sup>.

(١) الزواج والطلاق في جميع الأديان المرجع السابق ص ٥٥٨.

(٢) ينظر قصة الحضارة ٤/٤١٤.

(٣) بان إحدى بنات الطبقة العليا.

(٤) قصة الحضارة ٤/٢٧٣.

(٥) الزواج والطلاق في جميع الأديان ص ٥٦٣.

## الطلاق الصيني القديم:

على الرغم مما كانت عليه الزوجة الصينية من الخضوع التام لزوجها فان الزوج لم يكن حراً في طردها من البيت أو طلاقها، وانما كان يعاقب بمائة جلدة اذا طلقها أو طردها من البيت دون أن تحرق هي العلاقة الزوجية بجرمة الفجور أو غيرها، ودون أن تخلق له سبباً من الأسباب المبررة للطلاق.

وكانت الأسباب التي تعطي للزوج ممارسة حق طلاق زوجته عبارة عما يلي:

١- العقم (عدم انجاب الاطفال).

٢- الفسق (الخيانة الزوجية).

٣- عدم احترام والدي الزوج.

٤- السرقة (سرقة شيء من زوجها).

٥- الغيرة (غيرتها عليه من زواجه بغيرها).

٦- المرض المعدي أو الذي لا يرجى شفاؤه.

٧- سلوك الشك.

٨- الشرثرة (كثرة الكلام في تردد وتخليط)<sup>(١)</sup>.

وعلى الرغم من قيام سبب أو أكثر من هذه الأسباب - باستثناء الخيانة الزوجية - فان الطلاق كان مرفوضاً رفضاً باتاً في احدى الحالات التالية:

أ - اذا حزنّت الزوجة على والدي الزوج ثلاثة أعوام.

ب - اذا أثرت الزوجة الاسرة منذ أن تم الزواج في حالة الفقر، بان فضلت البقاء مع الاسرة في حالة ضرائها كما فضلت ذلك في حالة سرائها.

ج - اذا لم يكن للزوجة أحد الابوين على قيد الحياة فتستطيع أن ترجع اليه.

ويرجع سر عدم جواز الطلاق في الحالتين الأولىين الى فكرة أن الزوجة قد عانت الحرمان مع زوجها الى الحد الذي يعطيها حق اهتمامه بها.

لكن لا يحمي الزوجة من الطلاق حتى في هذه الحالات الثلاث اذا ارتكبت اثم الفجور (الخيانة الزوجية) بل أن الزوج الذي يبقى معه مثل هذه الزوجة يتعرض للعقاب<sup>(١)</sup>.

(١) قصة الزواج المرجع السابق ص ٣٠٤.

الزواج والطلاق في جميع الاديان ص ٥٤١-٥٦٢.

وبالإضافة الى الأسباب الثمانية المذكورة المبصرة للطلاق فان هناك صورة أخرى لجوازه وهو الطلاق باتفاق الزوجين. وهذا ما أقرته الأديان والقوانين باستثناء العالم المتأثر بالمذهب الكاثوليكي بعد انتشار الديانة المسيحية ويبدو - على ما اعتقد - أن الزوجة الصينية لم يسمح لها بان تطلق زوجها أو تطلب الانفصال (والتمييز القضائي).

## المبحث الثالث

### (٢) الطلاق الفارسي القديم

تعددت الأديان الفارسية وأشهرها:

١- الزردشتية: زردشت أو (زرادشت) أو (زرشترا) جاء بعد الديانة المجوسية (٦٦٠-٥٨٣ ق.م).

ومن تعاليمه: (بقدر أعمال المرء في حياته الدنيا يكون جزاؤه في الحياة الاخرى يوم الدين).

يقول (ول ديورانت) لما جاء زردشت كان الفرس يعبدون (مئرا) (اله الشمس)، و(انيتا) (اله الخصب والأرض)، و(هوما) (الشور المقدس).

وثار على المجوس، وأعلن في شجاعة لا تقل عن شجاعة معاصريه عاموس وأشعيا أن ليس في العالم الا اله واحد هو (أهورا - مزدا) (اله النور والسماء). وله مجموعة كتب تسمى الأبستا (أو الأبستان)<sup>(١)</sup> وكان للمرأة في هذه الديانة منزلة رفيعة، ولها

(١) أنظر ادوارد وسترمارك: قصة الزواج المرجع السابق ص ٣٠٤، ٣٠٥ ول ديورانت: قصة الحضارة المرجع السابق ٢٧١/٤، المقارنات والمقابلات المرجع السابق ص ٣٥٨، قانون الصين تأليف تونجي خانكدي امبراطور الصين ترجمة سعيد العسلي الطرابلسي الشامي طبعة ١٩٠٦م، ١٣٢٤هـ.

(٢) الفرس: الذين عاشوا في ايربان - فيجو (أي موطن الآريين) الذي يسمى حاليا ب (ايران).

(٣) ينظر قصة الحضارة ٢/٤٢٤-٤٢٦. وتعرف هذه الكتب عند العالم الغربي باسم (الزند - أبستا) بناء على خطأ وقع فيه احد العلماء المحدثين.

أن تتولى وظائف الكهنوت.

- ٢- المانية: (ماني) ظهر (٢١٥ ب.م) وعاش مذهبه الى القرن الثالث عشر الميلادي ولم يخرج كثيراً من تعاليم زردشت وله كتاب (زرماساسترا) يعرف بشريعة مانو. ومن تعاليمه: (ان العالم نشأ من أصلين هما النور والظلمة).
- ٣- المزدكية: ظهر مزدك (٤٨٧ ب.م). ومن مبادئه أن الناس ولدوا سواء فيجب أن يعيشوا سواء. وكان يبيح الزواج بين المحارم، بل يقول بالاشتراكية في النساء والاموال<sup>(١)</sup>. وقد خضعت بلاد الفرس للحكم الاسلامي منذ (٦٥١ ب.م).

## الزواج الفارسي القديم:

كان قدماء الفرس يميزون تعدد الزوجات ومن بينهن الزوجة الرئيسة أو (المتازة) وهي غالباً تكون الزوجة الأولى. والزوجة المتازة هي ربة البيت، وتقوم مقام الزوج في ادارة أموال الأسرة عند اصابته بمرض عقلي.

وفي بعض الأديان - كالمزدكية - أبيع الزواج بين المحارم: الأب يتزوج بنته، والابن يتزوج أمه، والأخ يتزوج أخته.

وليس للبنات لدى الفرس القديم أن تختار زوجها وإنما الأب أو من ينوب عنه في الولاية يقوم باختيار الزوج لها، الا أنها لا تجبر على القبول بهذا الزوج. وكانت الخطوبة دائماً تتم أثناء الطفولة، ويعقد الزواج في السن المبكرة.

وكان على الزوج أن يدفع لوالد العروس مبلغاً من المال، وله أن يسترده في بعض الحالات - كحالة عقم الزوجة مثلاً - وكان للزوج أن يجعل زوجته شريكة له في ثروته، وله أن يفسخ هذه الشركة متى شاء.

وبعد الزواج تنتقل أهلية القيام بالأعمال الخيرية من الزوجة الى زوجها.

## الطلاق الفارسي القديم:

ان نظام الطلاق عند الفرس يختلف تمام الاختلاف عن أنظمة الطلاق في الشرائع الأخرى

(١) ينظر قصة الحضارة ٢/٤٣٨ وما بعدها. الزواج والطلاق في جميع الأديان: المرجع السابق ص ٥٣٥-٥٣٦، فجر الاسلام للامام احمد أمين ص ٩٨-١١٢.

أنذاك، حيث لم يكن الطلاق عندهم كعمل يقطع العلاقة الزوجية بصورة نهائية، بل يمكننا تصوير الطلاق عندهم بالحالات التالية:

١- الطلاق مع منع حرية التصرف: فإذا قال الزوج لزوجته: (انت طالق من الان تستطيعين التصرف بحرية في شخصك) فان هذا لم يكن يعني أنها ترجع الى حالتها الأولى التي كانت عليها قبل الزواج من المركز الاجتماعي بين النساء، وانما يعتبر اذنأ لها بان تكون زوجة خادمة لزوج آخر.

٢- الطلاق بلا حرية: فإذا طلقها فقط ولم يمنحها صراحة حق حرية التصرف في شخصها فان لها الحق أن تتزوج، الا أن أولادها من الزوج الجديد يعتبرون أولاداً للزوج الأول اذا تولدوا أثناء حياته وهذا يدل على أن بقاء علاقتها مع الزوج الأول كان أقوى.

٣- الطلاق بطريق التنازل: كان للزوج أن يتنازل عن زوجته بدافع الاحسان والتبرع لأخيه في الدين اذا أصبح فقيراً دون تقصير منه، واحتاج الى مساهمة زوجة تعينه على كسب قوته، واصلاح حالته المعاشية.

وكان هذا التنازل يتم بعقد قانوني يتعهد فيه الزوج الجديد أن يقوم برعاية زوجته، وعدم التصرف بأموالها.

ومن الجدير بالذكر أن رضا الزوجة لم يكن شرطاً في هذا التنازل<sup>(١)</sup>.

ويبدو أن هذه العملية كانت طلاقاً وزواجاً وقتيين في وقت واحد، فكان للزوج الأول حق استرجاعها اذا قضى الزوج الثاني منها وطره.

كما يبدو أن علاقتها الزوجية مع الزوج الأول في هذه الحالة الثالثة أقوى بالنسبة للحالتين الأولىين.

ويؤخذ مما ذكرنا أن الزوج الفارسي كان يتمتع بحرية الارادة في تطليق زوجته والتصرف بها كيفما يشاء..

(١) ينظر كتاب قادة الفكر في الشرق والغرب تأليف حامد عبد القادر ص ٩٢. فجر الاسلام احمد امين ص ٩٩ وهو ينقل عن جاكسون. الزواج والطلاق في جميع الاديان، المرجع السابق ص ٥٣٥ وما بعدها. ايران في عهد الساسانيين للدكتورين: يحيى الخشاب، وعبد الوهاب عزام ص ٣٠٨. الاسرة في الشرع الاسلامي: المرجع السابق ص ٢٥. قصة الحضارة المرجع السابق ٤٤٠/٢ وما بعدها.



## المبحث الرابع

### الطلاق في اليابان

اليابان من الأمم العريقة في الحضارة حيث ترجع حضارتها الى (٣٠٠ ق.م)، واشتهرت بالفلسفة، والعلوم، والفنون، والصنائع. وهي تتكون من مجموع الجزر الكائنة بشرقي الصين في المحيط الهادي في الشرق الأقصى.

#### الديانة:

يشتهر اليابانيون بعبادة قوى الطبيعة، فيعبدون الشمس والكواكب لأنها تضيء عليهم، والغابات لان فيها رزقهم.

والديانة الأولى لهم هي: (الشنوية) المبنية على عبادة أرواح الموتى وقوى الطبيعة. تليها الديانة (البوذية) التي دخلت اليابان (٥٥٢ م)، ثم دخلت الديانة المسيحية عن طريق البعثات التبشيرية، فمنهم من يعتنق المذهب الكاثوليكي، ومنهم من ينتمي الى المذهب البروتستانتي<sup>(١)</sup>.

ولكن نسبة المسيحيين أقل بكثير اذا قورنوا بأتباع الأديان الأخرى.

#### الزواج:

كان الرجل من عامة الشعب يقتصر في الغالب على زوجة واحدة، وكان لأبناء الطبقة العليا اتخاذ الخليلات. وكان للامباطور الحق أن يتزوج كما يشاء ويتخذ من السراي ما يشاء. والمرأة اليابانية كانت تتمتع بالحرية التامة الى أن أنتشرت نظرية أهل الصين في

(١) ينظر دائرة معارف القرن العشرين ٩٠١٨٨٧/١٠، قصة الحضارة: المرجع السابق ٤٥/٥ وما بعدها.

اخضاع المرأة للرجل فأذعن للطاعات الثلاث: للوالد، والزوج، والابن. وأصبحت سلطة الوالد استبدادية فله أن يطرد من الأسرة زوج ابنته، أو زوجة ابنه. وبالنسبة للخيانة الزوجية. اذا وجد الزوج زوجته متلبسة بجريمة الزنا كان من حقه أن يقتلها مع عشيقها فوراً. ثم أضاف الى هذا الحق (الياسو) حكماً آخر وهو أن الزوج اذا قتل زوجته في مثل هذه الحالة، وأخلّى سبيل الرجل حق عليه هو نفسه عقاب الموت<sup>(١)</sup>.

## الطلاق:

كان للزوج حرية الارادة في أن يطلق زوجته بكلمة واحدة، ولأتفه الأسباب، وليس للزوجة حق الطلاق.

ومن وصايا الفيلسوف (أكن): للزوج أن يطلق زوجته اذا ما أسرفت في حديثها من حيث ارتفاع الصوت أو طول الكلام. أمّا اذا كان الزوج منحل الخلق، وحشي الطبع فما على الزوجة في رأي (أكن) الا أن تضاعف له الطاعة.

يقول (وستر مارك)<sup>(٢)</sup>: (كان قانون الطلاق في تشريع (تايهو) باليابان من الناحية المادية (النظرية) هو نفس القانون السائد في الصين، ولكن من الناحية العملية كان من الممكن طلاق الزوجة اذا شاء الزوج ذلك ولأي سبب وان كان تافهاً، وقد كان السبب المعتاد ذكره هو (انها لم تكن تصلح لخدمة أسرته). ولم يكن للزوجة اليابانية حق شرعي في طلب الطلاق من زوجها كما هو الحال في الصين أياً كان السبب. وظلت هذه الحالة حتى عام ١٨٧٣م عندما صدر قانون سمح للزوجة للمرة الأولى أن ترفع قضية الطلاق ضد الزوج.

والقانون المدني الذي صدر بين عامي ١٨٩٦-١٨٩٨م يعتبر أكثر تقدماً من حيث تقييد ارادة الزوج، ومنح الزوجة حق طلب الطلاق.

وقد علق البروفيسور (هوزومي) على هذا القانون بقوله: (انه يضع كلا من الزوج والزوجة على قدم المساواة فيما يتصل بحق الطلاق، ولكني لا أرى أن مجرد الفسق من ناحية الزوج يعطي الزوجة حق طلاقه، وان كان له أن يطلق الزوجة الخائنة)<sup>(٣)</sup>.

وبالنظر الى تمتع الزوج الياباني بحرية الارادة في الطلاق فان حوادث الطلاق قد كثرت.

(١) قصة الحضارة ٦٣/٥-٦٩. الزواج والطلاق المرجع السابق ص ٥٧٣.

(٢) قصة الزواج ص ٣٠٥.

(٣) قصة الزواج المرجع السابق ص ٣٠٦.

ولكن منذ أن نفذ القانون المدني الجديد فإن نسبة هذه الحوادث قد انخفضت بشكل ملموس حيث كانت نسبة الطلاق الى الزواج في عام ١٨٩٧ م ٣٤% في حين أصبحت ١٨٥% في سنة ١٩٠٠ م وذلك بسبب فرض القيود على ارادة الزوج في الطلاق. ومن الجدير بالذكر أن للديانة المسيحية تأثيراً كبيراً على تقييد حرية ارادة اليابانيين في الطلاق ممن اعتنقوا المذهب الكاثوليكي أو البروتستانتي.



## الفصل الرابع الطلاق في أوروبا

يتناول هذا الفصل الطلاق عند اليونان والرومان في مبحثين مستقلين. ويأتي العامل الرئيس لحصر دراسة الطلاق الأوربي فيهما من الأهمية الحضارية والتشريعية لهذين البلدين.

## المبحث الأول

### الطلاق في اليونان

اليونان: بلد أوربي يقع في الجزء الجنوبي من شبه جزيرة البلقان. واليونانيون: من الجنس السلافي يعتنق أكثرهم المذهب الأرثوذكسي.. وحضارتهم: من أشهر حضارات الأمم تقدماً، وقوة، ومنعة، وفناً، وصناعة. وديانتهم: قبل أنتشار المسيحية كانت تأليه قوى الطبيعة. وفي الفلسفة: كانوا في مقدمة فلاسفة العالم، والحرب كانت سجالات بين الدين والفلسفة، ينتصر الدين تارة، والفلسفة تارة أخرى.

### الزواج:

العلاقات الجنسية في اليونان متباينة الانواع مختلفة الأشكال. وكانت الدعارة قد تصل الى درجة الحرفة أو التجارة. وكان الزواج يتم عن طريق شراء الزوج للزوجة كما في مرحلة السلطة الأبوية وعن طريق شراء الزوجة لزوجها كما حدث ذلك بعد تشريع أحكام الميراث، وانتشار عادة توزيع الآباء أموالهم على أولادهم وهم على قيد الحياة<sup>(١)</sup>. ففي الصورة الأولى كان للزوج سلطة مطلقة على زوجته وأولاده بالبيع أو أي تنازل آخر بمقابل أو بدونه كما كان للزوجة في الحالة الثانية الحرية المطلقة في تطليق زوجها.

حيث عرف اليونان الطلاق عندما شرع (واركون) قانونه (٢١٦ق م) وسن (صولون)<sup>(٢)</sup> بعد ذلك بعشرين سنة شرائع أثينا فنظم الزواج والطلاق وأقر حق الطلاق لكل من الزوجين، إلا أن (ليكرغوس) لم يمنح هذا الحق إلا للزوج.

(١) المقارنات والمقابلات المرجع السابق ص ٣٣٥.

(٢) (٦٣٨-٥٥٦ق م) يعتبر مشروع أثينا وأحد حكماء اليونان السبعة وأصبح حكماً في (٥٩٠ ق م) ينظر دائرة المعارف للبستاني ٢٤١/١٠ موسوعة تاريخ العالم، وليام لانجر. اشرف على ترجمته الدكتور محمد مصطفى زيادة ١٢٩/١.

## مراسم الزواج:

كان الزواج يبدأ باختيار الزوجة ثم الاتفاق على بائنتها، وتتم خطبتها رسمياً في بيت والدها، وتلي الخطبة المرحلة الثانية وهي اقامة وليمة في بيت الفتاة، فكان كل من الزوجين يستحم في بيته قبل حضور الوليمة. ويجلس رجال الأسرتين في جانب من الحجرة، والنساء من جانب آخر. ثم يأكل الجميع كعكة العرس، فيأخذ العريس بيد عروسه المحببة ذات الثوب الأبيض لعله لم ير وجهها من قبل - كما في العصر الكلاسيكي - ويسير بها الى عربة تقلهما الى بيت أبيه في موكب من الأصدقاء والأقارب ويرحب أبوا الزوج بالفتاة ويستقبلانها استقبالا دينياً حاراً يدخلانها دار الأسرة<sup>(١)</sup>.

## تعدد الزواج:

كان الزواج يقتصر على واحدة، ولكن في وسع الرجل أن يتخذ خليفة يعاشرها معاشرة الأزواج زيادة على زوجته الرسمية. وبعد الحملة التي سارت الى صقلية عام (٤١٥ ق.م) قضت الحرب على كثير من الرجال، فأباح القانون صراحة الزواج بائنتين، وقد جذب هذا التعدد المحدود الفيلسوف (سقراط)<sup>(٢)</sup>. أما الطلاق فانه قد خضع لانظمة متباينة في ضوء الظروف التي مرت على اليونان لذا نوزع دراسته على ثلاث مراحل مستقلة وفي فروع ثلاثة:

(١) ينظر الزواج والطلاق في جميع الاديان: المرجع السابق ص ٥٨٦.

(٢) المرجع السابق.

## الفرع الأول

### الطلاق لدى اليونان في العصر القديم

عندما كان الزواج يتم عن طريق الشراء كان للمشتري من الزوج أو الزوجة حرية مطلقة في الطلاق.

وقد أخذ هذا الحق صورة من صور حق الملكية فكما كان للمالك حق شخصي أو عيني أن يتنازل عنه مقابل عوض أو دونه كان للزوج في فترة السلطة الأبوية أن يتنازل عن زوجته بالطلاق دون أن يكون له حدود، وكان له أيضاً أن يزوجها من آخر حال حياته، أو يوصي بها له بعد مماته، وكذلك كان له حق نفس التصرف بالبيع والوصية بالنسبة إلى أولادها<sup>(١)</sup>. وعلى الرغم من هذه الحرية المطلقة للزوج لم تكن حوادث الطلاق كثيرة آنذاك. يقول (جودسل): (لم يرد في (اللياذة)، أو (الأوديسة) أية إشارة إلى الطلاق وهذا يدل على ندرته)<sup>(٢)</sup>.

وقد علل الباحثون هذه الندرة بأنها كانت نتيجة عوامل أهمها ما يلي:

- ١- اختلاط الجنسين في العصر القديم من حياة اليونان: بحيث كان بإمكان كل من الزوجين أن يتعرف على الآخر قبل الزواج، وإن يدرس حالته فيما له، وفيما عليه.
- ٢- تقارب المستوى الثقافي (أو الكفاءة في المركز الاجتماعي): وذلك بسبب بساطة الحياة، وعدم انتشار الثقافة بصورة متقدمة ومتطورة.
- ٣- المهر (أو ما كان يسمى آنذاك بالثمن): ساعد كثيراً على قلة حوادث الطلاق، حيث كان الزوج ملزماً بالإضافة إلى تسديد حقوق الزوجة المطلقة أن يدفع مبلغاً آخر كمهر (أو الثمن) لأهل الزوجة الجديدة<sup>(٣)</sup>.
- ٤- وهناك سبب آخر وهو أن والد الفتاة في اليونان كان يهيء عادة لابنته بائنة من المال، والثياب، والجواهر، والعبيد.. وكانت هذه الأشياء تبقى على الدوام ملكاً

(١) ينظر المرأة عند قدماء اليونان للدكتور محمود سلام زناتي المرجع السابق ص ١١٧،

المقارنات والمقابلات المرجع السابق ص ٢٣٥.

(٢) المرأة عند اليونان: المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق ص ١٢٦-١٢٩.



للزوجة، وتعود اليها اذا افترقت عن زوجها. وكان احتفاظها بمال أبيها يقلل من احتمال طلاقها من زوجها لاحتياجه اليها<sup>(١)</sup>.

## اهم اسباب الطلاق في هذا العصر:

كان من بين العوامل الرئيسة التي تدفع الزوج الى التخلي عن زوجته بالطلاق ما يأتي:  
١- الخيانة الزوجية: فكان للزوج اذا اقتنع بشبوت هذه الخيانة أن يطلق زوجته، مع استرداد ما دفعه لها بسبب الزواج، وذلك لان الزوجة عندئذ كانت تعتبر أنها قد أخلت بالفرض المقصود من الزواج وهو أنجاب الأولاد الشرعيين.

٢- عقم الزوجة: اذا كانت الزوجة عقيماً كان للزوج أن يطلقها، أما اذا كان العقم منه فله أن يستعين بأحد أقاربه ليتصل بزوجه جنسياً، ويكون الولد للزوج.

يقول (ول ديورانت): (وكانوا يرون عقم الزوجة سبباً كافياً لطلاقها لان الفرض من الزواج عندهم هو أنجاب الأبناء.. أما اذا كان الرجل نفسه عقيماً فقد كان القانون يميز والرأي العام يحذ أن يستعين الزوج في هذه المهمة بأحد أقاربه. وكان الطفل الذي يولد نتيجة هذا الاتصال ينسب للزوج نفسه)<sup>(٢)</sup>

(١) الزواج والطلاق في جميع الاديان: المرجع السابق ص ٥٨٥.

(٢) قصة الحضارة ١١٥/٧.

## الفرع الثاني

### الطلاق في العصر الوسيط

تغير في هذا العصر شكل الزواج، فلم يعد يتم عن طريق الشراء.. وكان من المفروض أن يحتفي مع اختفاء التصوير القديم للزواج الحق المطلق للزوج في الطلاق، الا أنه بقي تحت تأثير مبادئ أخرى جديدة. وقد كثرت حوادث الطلاق في هذا العصر نتيجة عوامل متعددة أهمها ما يلي:

١- أصبح المبدأ في العصر الكلاسيكي - على عكس العصر القديم - الفصل التام بين الصنفين، فلم يكن بإمكان الزوج أن يرى زوجته الا ليلة الزفاف ولذلك فإن انسجام الزوجين خلقياً وخلقياً كان أمراً متروكاً للمصادفة. ويبدو أن الزوج كان كثيراً ما يتحين الفرص للتخلص من زوجته حتى يستطيع تجربة حظه مرة أخرى.

٢- أن نظرة اليونانيين الى الزوجة لم تتح الفرصة لقيام علاقة المودة بين الزوجين، بل الزوج ينظر الى زوجته كخادمة مكلفة بإدارة البيت، فكان من السهل عليه أن يبدلها بغيرها<sup>(١)</sup>.

٣- اقرار قانون فكرة بنت الميراث: والمقصود من بنت الميراث هو أن أبا الأسرة اذا ترك بنتاً دون أولاد ذكور معها تتزوج من أقرب أقاربها، ويعتبر ابنها الأول من هذا الزواج ابناً لأبيها (أب الزوجة) يحمل اسمه، وتؤول اليه أمواله، ويرث ديانتها<sup>(٢)</sup>.

وكان القانون يلزم من له الحق في الزواج من بنت الميراث تطبيق زوجته الأولى اذا كان متزوجاً، وهو بدوره يسارع الى ذلك اذا كانت التركة غنية. غير أن وجوب استرداد الدوطة<sup>(٣)</sup> عند انفصام الرابطة الزوجية حال كثيراً دون تسرع الزوج الى الطلاق.

يقول (أدوارد وستمارك): (ويبدو أن الطلاق لم يكن معروفاً قط عند الاغريق في عصر (هوميروس) ولكنه أصبح حادثاً يومياً في بلاد اليونان فيما بعد. وكان قانون (أتিকা) يقضي بان الزوج يستطيع أن يطرد زوجته متى أراد ودون أن يذكر أي دافع، ولكنه كان مضطراً لان يرسل زوجته المطلقة الى بيت أبيها مع بائنتها<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر المرأة عند اليونان ص ١٢٨. قصة الحضارة ١١٥/٧ وما بعدها.

(٢) المرأة عند اليونان ص ٩٠.

(٣) أي المهر وما يعطيه ابو الزوجة لها من المال حين الزواج ويطلق عليها البائنة أيضاً.

(٤) قصة الزواج ص ٣١٠-٣١١.

## حق الزوجة في الطلاق:

- للزوجة في العصر الكلاسيكي حق طلب التفريق القضائي وذلك بتقديم طلب الطلاق الى (الأركون) (القاضي) <sup>(١)</sup> في حالتين <sup>(٢)</sup>:
- ١- اذا كان الزوج منهما في الرذائل بحيث أهمل أسرته وهجر زوجته.
  - ٢- اذا كان قاسياً وسيء المعاملة معها، غير أن وجوب ذهاب الزوجة بنفسها الى (الأركون) لتقديم طلبها قد قلل أهمية هذا الحق بحيث كثيراً ما يمنحها زوجها من ذلك عنوة.

## الطلاق باتفاق الطرفين:

كانت هناك صورة أخرى للطلاق المباح وهو الطلاق بتراضي الزوجين وكانا يعبران عن هذا الرضا عادة باعلانهما رسمياً الى الأركون مبينين فيه اتفاقهما على الطلاق والافتراق. فاذا تم افتراقهما يكون حق الحضانة للأب، ويبقى الأطفال عنده وان ثبت عليه الزنا. ومن الجدير بالذكر أنه عندما كانت اليونان من أقليم الدولة البيزنطية كان تنظيم الطلاق فيها خاضعاً لقوانين جستنيان وبصورة خاصة قانون رقم (١١٧). وكانت هذه القوانين تبيح الطلاق من جانب واحد (الزوج) مع قيود لا تؤدي مخالفتها الا الى توقيع عقوبات أو جزاءات مالية على المخالف ولم يخضع الطلاق لضرورة تقريره بحكم قضائي في اليونان الا منذ القرن الثاني عشر الميلادي، ثم تمكنت الكنيسة الارثوذكسية حينما خضعت اليونان للحكم العثماني من تعديل قواعد الطلاق فجعلته غير جائز الا اذا كان لسبب من الأسباب المعتبرة في قوانين جستنيان الى أن أصبح الطلاق غير واقع اذا لم يكن للسبب المبرر خلافاً لما كان عليه سابقاً من وقوع الطلاق وترتب العقاب والجزاء على المخالف <sup>(٣)</sup>.

<sup>(١)</sup> اركون أو (ارخون) يعني القاضي. وطبقاً لاصلاح دستور أثيني كان يعين تسعة قضاة (ارخون) بالقرعة من بين (٥٠٠) مرشح تختارهم البلديات. أنظر موسوعة تاريخ العالم ١/١٢٩.

<sup>(٢)</sup> قصة الحضارة ٧/١١٥ وما بعدها. قصة الزواج ص ٣١١. والمرأة عند اليونان ص ١٣٠.

<sup>(٣)</sup> أنظر انحلال الزواج في حياة الزوجين واسبابه في التشريعات الأوروبية مستخرج من مجلة القانون والاقتصاد العددين (٤٠٣) لسنة (٢٨) لاستاذنا الدكتور جميل الشرقاوي، مطابع دار الكتاب العربي بالقاهرة ص ٢٩٢.

## الفرع الثالث

### الطلاق لدى اليونان في العصر الحديث

استقلت اليونان عام ١٨٢١م وقضت دساتير ١٨٢٢، ١٨٢٣، باعتبار القانون المدني البيزنطي قانوناً لليونان. وبموجبه لم يكن الطلاق معتبراً إذا لم يبرره سبب من الأسباب المحددة فيه. ثم صدر في عام ١٩٢٠ القانون الرقم (٢٢٢٨) فتم بمقتضاه تعديل قواعد أسباب الطلاق في ضوء المجموعة المدنية الألمانية. وظل معمولاً به حتى صدور المجموعة المدنية اليونانية في سنة ١٩٤٦ التي تم بموجبها تحديد أسباب الطلاق على سبيل الحصر بما يلي:

(الزنا، وتعدد الزوج، ومحاولة الاعتداء على الحياة، والهجر المعتمد، وزعزعة الرابطة الزوجية، والمرض العقلي، والجذام، والغيبة، والعجز الجنسي) حسب التفصيل الآتي:

#### ١. الزنا<sup>(١)</sup>:

يعتبر الزنا من أحد الزوجين اختلافاً خطيراً بالتزامات الزوجية، لذا عُدد من الأسباب المبررة، بل الملزمة لطلب الطلاق من الطرف البريء، عند توفر الشروط التالية:

أ - أن يتم العمل بجمرية الإرادة ففي حالة وجود عارض الإكراه لا يعتبر سبباً.

ب - ألا يكون العمل برضا الطرف الآخر والا لا تسمع دعواه.

ج - أن ينفذ العمل بذاته كاملاً، أما الشروع فلا يعتبر سبباً الزامياً، وإنما هو مبرر اختياري وفق المادة (١٤٤٢) من المجموعة المدنية اليونانية.

د - أن يقدم الطلب إلى القضاء خلال سنة إعتباراً من تاريخ علمه بالسبب<sup>(٢)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن المشرع اليوناني لم يتطرق لحكم حالة ارتكاب الزنا من الزوجين. فالمفروض - حسب اعتقادي - أن الطرف المتقدم بطلب الطلاق لا يستجاب طلبه إذا كان متلبساً بنفس التلوث.

(١) أنظر المادة (١٤٣٩). من المجموعة المدنية اليونانية لسنة ١٩٤٦.

(٢) ويسقط حقه في كل الأحوال بمضي عشر سنوات على قيام السبب. المادة (١٤٣٩).

## ٢. تعدد الزواج<sup>(١)</sup>:

ان مجرد عقد الزواج الثاني يبرر طلب الزوجة الأولى بالطلاق اذا لم يكن بعلمها ورضائها، على أن يكون للزواج الثاني مظهر قانوني، وان يكون الزوج الذي أبرمه سيء النية بان يعلم بعدم جوازه بسبب ارتباطه بالزوجة الأولى. وإذا اعتبرنا عدم صحة الزواج الثاني وفق تحريم التعدد في القانون اليوناني فيمكن أن يلحق هذا السبب بالسبب الأول الا أنه يختلف عنه في أن مجرد القصد يبرر الطلاق وان لم يحصل الدخول.

## ٣. محاولة الاعتداء على الحياة<sup>(٢)</sup>:

لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق اذا اعتدى الطرف الآخر على حياته. ومن الطبيعي أن يكون هذا الاعتداء بالشروع في القتل على ألا أن يكون في حالة دفاع شرعي، ولا تحت تأثير اختلال عقلي. أما مجرد التهديد فلا يعتبر سبباً في نظر المشرع اليوناني. كما يجب أن يقدم الطلب خلال سنة من تاريخ العلم بالاعتداء.

## ٤. الهجر المتعمد:

لكل من الزوجين حق طلب الطلاق اذا هجره الآخر بارادته، ودون مبرر على ألا يكون ذلك برضاء الطرف الآخر، وان يمضي عليه سنتان في الأقل اعتباراً من صدور الحكم بالطلاق، وان لم تكمل المدة وقت رفع الدعوى.

(١) المادة (١٤٠٠) من نفس المجموعة.

(٢) ينظر المادة (١٤٤١) من المجموعة المدنية اليونانية.

## ٥. تصدع الرابطة الزوجية<sup>(١)</sup>:

يحق لكل من الزوجين طلب الطلاق اذا تعرضت العلاقة الزوجية لزعزعة خطيرة بتقصير الطرف الآخر وتوفرت الشروط التالية:

أ - أن يكون للطرف المدعى عليه تقصير ناشئ عن ارادة شاعرة عارفة بما تأتية، أما اذا كان ذلك ناشئاً عن مرض أو عاهة عقلية أو أي سبب آخر فلا مبرر لطلب الطلاق.

ب - أن يكون هناك تصدع في الكيان الزوجي.

ج - أن تقوم علاقة سببية بين زعزعة الحياة الزوجية وبين التقصير (أو الخطأ).

د - أن يقدم الطلب خلال سنة اعتباراً من تاريخ علمه بالسبب<sup>(٢)</sup>.  
يبقى أمامنا سؤال وهو:

ما الحكم اذا كان سوء الرابطة الزوجية ناشئاً عن تقصير كلا الطرفين؟

الجواب على ذلك هو أن المفروض عدم استجابة الطلب اذا كان المتقدم به متلبساً بنفس السبب اللهم الا اذا كان دور خطأ المدعى عليه أظهر وأكثر.

ومن الجدير بالذكر أن لقاضي الموضوع في مثل هذه القضايا سلطة تقديرية. فهو بمقتضاها يستطيع أن يقدر أثر الافعال على الحياة الزوجية وكفايتها لتبرير الطلاق.

## ٦. المرض العقلي<sup>(٣)</sup>:

لكل من الزوجين حق طلب الطلاق اذا أصيب الطرف الآخر بمرض عقلي مضى عليه أربع سنوات دون الشفاء وأدى الى عدم امكان تفاهم الزوجين.

## ٧. الجذام<sup>(٤)</sup>:

اعتبر المشرع اليوناني مجرد وجود هذا المرض سبباً مبرراً لطلب الطلاق دون قيد أو شرط.

(١) ينظر المادة (١٤٤٢).

(٢) ويسقط حقه في كل الاحوال بمضي عشر سنوات على قيام السبب.

(٣) ينظر المادة (١٤٤٣).

(٤) المادة (١٤٤٤).

## ٨. الغيبة<sup>(١)</sup>:

يحق لكل من الزوجين طلب الطلاق اذا اعتبر الزوج الآخر في حالة غياب بحكم القاضي<sup>(٢)</sup>. لكن لا يحق له الزواج بعد صدور الحكم بالطلاق الا بعد اكتساب الحكم درجة البتات فاذا عاد الغائب قبل ذلك تسقط اجراءات الطلاق بحكم القانون<sup>(٣)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن المادة (٤٨) من المجموعة المدنية اليونانية تقضي بان الحكم باثبات حالة الغياب بمثابة الحكم بالوفاة تترتب عليه آثار الموت، وبناء على ذلك لا داعي للحكم بالطلاق.

غير أن المادة (١٤٤٥) منها تعتبر هذا الحكم مجرد سبب مبرر لطلب الطلاق والحكم به. وبناء على ذلك تعتبر استثناءً من عموم المادة (٤٨) وتخصيصاً لحكمها.

## ٩. العجز الجنسي<sup>(٤)</sup>:

اصابة أحد الزوجين بالعجز الجنسي تعطي الحق للطرف الآخر في طلب الطلاق بشرطين:

١- أن يكون العجز قائماً وقت إنشاء عقد الزواج دون أن يعلم به طالب الطلاق.

٢- أن تمضي عليه ثلاث سنوات في الأقل اعتباراً من تاريخ مراسم الزواج.

هذه الأسباب التسعة هي التي تبرر وتميز الطلاق وفقاً للقانون اليوناني الحديث. غير أن بعض فقهاء القانون<sup>(٥)</sup> أنتقدوا هذا التحديد بملاحظاتهم التالية:

١- لتصدد الحياة الزوجية كسبب من أسباب الطلاق مفهوم عام شامل تندرج تحته صور كثيرة للطلاق مما يؤدي الى هدم فائدة التحديد.

٢- بنى المشرع اليوناني تأثير بعض الأسباب على قيام عنصر الخطأ (التقصير) كما في الزنا، والاعتداء على الحياة... بينما البعض الآخر يبرر الطلاق بغض النظر عن وجود هذا العنصر أو عدمه من الجانب المدعى عليه كالجذام، والعجز الجنسي...

(١) المادة (١٤٤٥).

(٢) المواد (٥٠-٤٠) من المجموعة اليونانية تنظم حكم الغيبة.

(٣) ينظر الدكتور جميل الشرقاوي المرجع السابق ص ٣٠١.

(٤) المادة (١٤٤٦).

(٥) ينظر استاذنا الدكتور جميل الشرقاوي المرجع السابق ص ٣٠٢-٣٠٣.

فعدّ النوع الأخير من أسباب الطلاق يكون تنظيمياً له باعتباره علاجاً لرابطة زوجية غير صالحة للبقاء..

٣- اعتبر المشرع اليوناني بعضاً من هذه الأسباب ملزمة للقاضي بالحكم بالطلاق كما في حالة الزنا، والاعتداء، والهجر... في حين لا يعتبر ملزماً بهذا الحكم في البعض الآخر مثل تصدع الحياة الزوجية، والمرض العقلي.

٤- أن هذه الأسباب ليست متساوية في القوة والآثار حيث أن الاحصاءات أثبتت أن طلبات الطلاق بسبب الهجر وتصدع الكيان الزوجي تشكل ٨٠% بينما الطلبات الناتجة من الأسباب الأخرى كلها تكون ٢٠%.



## المبحث الثاني

### الطلاق عند الرومان

يعرف الرومان ببلد القانون الذي استقي منه أكثر القوانين الرضعية، وكان نقطة انطلاق للحركة التشريعية والحضارية الأوربية القديمة والحديثة. والقانون الروماني لا يزال يحتل مركزاً بارزاً في جامعات العالم تدرس نشأته، وأصوله، وتطوره، وتأثيره في سائر القوانين. فلا غرو إذا وجدنا الزواج والطلاق الرومانيين يتسمان بطابع من تنظيم لا يضاهيه أي تنظيم قانوني آخر آنذاك.

### الزواج الروماني:

حافظ الرومان في جميع عصورهم على الالتزام بمبدأ عدم تعدد الزوجات ولكنهم عرفوا بنوعين رئيسين من الزواج (الزواج بالسيادة والزواج بلا سيادة) فهما شرعيان حسب القانون الروماني لكن الفرق الجوهري بينهما هو أن الزوجة في النوع الأول تخضع لسيادة زوجها أو سيادة صاحب السلطة عليه، فهي تعتبر بمثابة الميثة بالنسبة لصلتها بأهلها. أما في النوع الثاني فهي تبقى على حالتها قبل الزواج من حيث الخضوع للسيادة أو استقلالها بحقوقها. غير أن أولادها من هذا الزوج يخضعون لسيادته أو لمن عليه السيادة.

### ١. الزواج بالسيادة:

فهو ينعقد بأحدى الطرق التالية:

#### أ - الطريق الديني:

وهو زواج رسمي ديني في وقت واحد ويتم في معبد جوبيتر بتقديم الخطيب قرباناً (كمكة) الى اله الآلهة (jupiter) مقترناً بترتيل عبارات دينية أمام عشرة من

الشهود بأشراف الحبر الأعظم وكاهن المعبد على أن يكونا مولودين من هذا النوع من الزواج، ومتزوجين بنفس الطريقة.

### ب - طريق الشراء (الزواج المدني):

وهو يتم بالطريقة التي تكتسب بها الأموال النفيسة وهي طريقة الاشهاد<sup>(١)</sup>.

### ج - الزواج بطريق المعاشرة:

فالرجل يعاشر امرأة غير متزوجة خالية من موانع الزواج لمدة سنة كاملة كان يكتسب السيادة عليها وتكتسب المعاشرة صفة الزواج الشرعي نظير اكتساب الملكية بالتقدم. لكن غياب الزوجة من بيت الزوجية ثلاث ليال متوالية كان يقطع المدة ويحول دون اكتساب ذلك.

## ٢. الزواج بلا سيادة (الزواج العرفي):

وهو زواج كان يتم باتفاق الطرفين دون تدخل رجال الدين والدولة (القضاء) وتسبقه خطبة بين الخطيبين أو بين الخطيب ووالد الخطيبة ثم تنقل الزوجة في حفل شعبي يقدم إليها الماء والنار، ويدخلها منزل الزوجية يتم الزواج. ويرافق ذلك تقديم المهر أو ما يسمى بالدوطة (وهي الأموال التي تصحب الزوجة من بيت أهلها للانتفاع بها في بيت الزوجية دون التصرف برقبته)، وكان للزوجة حق استردادها إذا طلقت دون سبب منها، وتحسرها كاملة إذا طلقت بخطأ منها<sup>(٢)</sup>.

هذا ما يتعلق بالزواج الروماني بصورة مختصرة.

(١) الاشهاد عملية رسمية رومانية معقدة لنقل ملكية الاشياء النفيسة وهي تتطلب حضور خمسة شهود رومانيين بالغين من الذكور، مع حضور حامل الميزان، والناقل، والمكتسب الذي كان عليه أن يتكلم بعبارات رسمية وبحركات شكلية.

ينظر مبادئ القانون الروماني (تاريخه ونظمه) تأليف الدكتور عبد المنعم البدر والدكتور عبد المنعم البدرأوي، طبع دار الكتاب العربي بمصر ١٩٥٤م ص ٢٣٢، ٣٧٢.

(٢) ينظر الدكتور عبد المنعم البدر والدكتور عبد المنعم البدرأوي المرجع السابق ص ٢٣٤.

القانون الروماني للدكتور عمر ممدوح مصطفى الطبعة الثالثة ١٩٥٩م ص ٢٠١. القانون الروماني للدكتور صبيح مسكوني، مطبعة شفيق بغداد ١٩٦٨م. ص ٢٠١.

أما الطلاق: فقد عرفه الرومان كوسيلة لانتهاء رابطة الزوجية منذ زمن بعيد الا أنه لم يدم على نمط واحد خلال العصور المتعاقبة من تاريخهم الطويل، بل كان محل تطور متعدد الحلقات حيث امتدت اليه يد التعديل تارة بالاباحة المطلقة، وأخرى بالتقييد. وفي ضوء هذه الحقيقة نوزع دراسته من حيث مدى سلطان الارادة فيه على العصور الثلاثة (القديم، والكلاسيكي، والامبراطورية السفلى) في ثلاثة فروع.

## الفرع الأول

### الطلاق في العصر القديم

وما يلفت نظر الباحث والقارئ أن الطلاق في هذا العصر كان نادراً على الرغم من عدم وجود قانون ينظمه، أو تعاليم دينية تضع عليه القيود، وعلى الرغم من أن لرب الأسرة سلطة إنهاء الرابطة الزوجية بين بنته وزوجها، أو بين ابنه وزوجته، وإن كلا من الزوجين كان من الناحية النظرية يتمتع بحرية الارادة لفصم العلاقة الزوجية متى شاء.. ويبدو أن سر هذه الندرة كان يعود الى عدة أسباب: احترام الرأي العام الذي كان يشمئز من الطلاق، والدافع الوجداني الذاتي الذي يخاف مما يطلق عليه تعبير (عيب) والأخذ بمبدأ الشورى قبل الاقدام على الطلاق.

ويدل على ذلك ما ينقله المؤرخون الرومانيون من أن الزوج كان ملزماً بدعوة مجلس عائلي يضم أقاربه وأصدقاءه ليأخذ رأيهم قبل اللجوء الى التطبيق، ومن أن الزوج الذي يطلق زوجته بلا مبرر كان معرضاً لأن توضع بجانب اسمه في قائمة التعداد ملحوظة تتضمن الحاق الوصمة به وتؤدي الى حرمانه من حقوقه العامة<sup>(١)</sup>.

ولذا لم يحدث الطلاق في الأعم الأغلب الا عقاباً للزوجة على خطأ جسيم ارتكبته. ويقال: أن أول من طلق زوجته في العصر الروماني القديم كان (كارفيليوس روجا) عام (٢٣٥ق م) على الرغم من أنه كان يجبها وإن خلقها وسلوكها لم يكونا موضع شكوى منه

(١) ينظر المرأة عند الرومان للدكتور محمود سلام زناتي طبعة دار الجامعات العربية للطباعة ١٩٥٨ ص ٢٣١. حقوق الرومانيين تأليف توفيق السويدي العباسي مطبعة الفلاح - بغداد ١٩٢٢ م ص ٨٦.

لكنها كانت عاقراً. وقد أثار عمله هذا سخط واشمئزاز مواطنيه من الأقارب والأصدقاء<sup>(١)</sup>. يقول (أدوارد وستر مارك): (فقد كان حق الزوج (أي في الطلاق) من الناحية العملية يحده من غير شك الرأي العام وحتى الرقباء.. فقد قيل أنه أنقضت خمسمائة عام دون أن يستغل أحد حق الطلاق!!! مما يبين لنا أن الطلاق في الأيام الخاليات كان نادراً جداً في روما)<sup>(٢)</sup>.

ويبدو لي أن هناك أسباباً أخرى لندرة الطلاق وهي أن الرومانيين في عهدهم القديم كان لهم شعور ذاتي بأن الهدف الأول والرئيس من الزواج هو أنجاب الأولاد وتربيتهم ليكون لهم من بعدهم من يعنى بقبورهم، بالإضافة الى الواجب الوطني كان يحتم عليهم تربية الأولاد بصورة صحيحة. أما اشباع الرغبة الجنسية فهو كان هدفاً ثانوياً من الزواج. اذن دافع النسل الى الزواج، وعطف الآباء على الأطفال، وحتمية تربية الأولاد للوطن... كل ذلك أدى الى تفتت رابطة الزوجية وابعادها عن مأساة الفصم.

ويدل على ذلك قول (ول ديورانت): (كانت تربية الأولاد في الزمن الأول واجباً على الآباء للدولة يحتمه عليهم الشرف ويلزمهم به الرأي العام. أما الان<sup>(٣)</sup> فقد بات من أسخف الأشياء أن يطلب من الآباء أن يزيدوا عدد سكان المدينة التي ضاقت بمن فيها. وكانت موانع الحمل بنوعيتها الآلي والكيميائي واسع الانتشار فاذا لم تفلح أسعفهن الاجهاض. نعم أن الفلاسفة والمشرعين يحرمونه ولكن أرقى الأسر كانت تلجأ اليه)<sup>(٤)</sup>. هكذا يقارن (ول ديورانت) بين الاعتزاز بالأولاد وتربيتهم لخدمة الوطن في العصر القديم، وبين الاستخفاف بالنسل وتربية الجيل في العصر الكلاسيكي الذي تتناول به البحث في الفرع القادم.

(١) المرأة عند الرومان المرجع السابق.

(٢) قصة الزواج المرجع السابق ص ٣١١.

(٣) يقصد العصر الكلاسيكي وبصورة خاصة رومه الابيقورية ٣٠ ق م - ٩٦ م. ينظر قصة الحضارة ٣٠٢/٢.

(٤) قصة الحضارة المرجع السابق.

## الفرع الثاني الطلاق في العصر الكلاسيكي

اكتسبت الزوجة في هذا العصر حق الطلاق بالإضافة الى احتفاظ الزوج بحقه فيه. وفقد رب الأسرة سلطته على إنهاء رابطة زوجية ابنه أو ابنته، وطراً تطور غريب على ظاهرة الطلاق فكثرت حوادثه بشكل غير متصور. ولم يقتصر ذلك على عامة الشعب. بل أن الرجال البارزين الذين تزوجوا وطلقوا أكثر من مرة عددهم لا يعد ولا يحصى.

وعلى سبيل المثال: أن (يوليوس قيصر) تزوج وطلق أربع مرات. ويسخر الفيلسوف (سنيكا) من كثرة الطلاق في عصره قائلاً: (ان بعض سيدات الطبقة الراقية لا يحسبن أعمارهن بعدد القناصل وإنما بعدد أزواجهن، فهن يطلقن لكي يتزوجن ويتزوجن لكي يطلقن)!!!<sup>(١)</sup>.

وهكذا أصبح الناس يسيئون استعمال حرية الارادة في الطلاق فيطلقون لأتفه الأسباب وأوهاها، فيطلق زوجته لمجرد أنها ذهبت لرؤية الألعاب دون اذنه وتطلق الزوجة زوجها لانه تكلم مع فلانة!!!

فلم تكن هناك أسباب خارجية أو ذاتية تحول دون كثرة حوادث الطلاق فلا سيطرة من الدين أو القانون، ولا استيقاظ من الضمير، وترتب على ذلك خراب بيسوت، وتفكك أسر وتشرد أولاد، وانتشار فساد.

يقول (ول ديورانت): (الحرية الجديدة أخذت تحطم ما كان للأب من سيطرة تامة على أسرته، كما أخذت تحطم كيان الأسرة بأكمله ودخلت النساء الرومانيات العذار وكانت لهن من الحرية مثل ما للرجال سواء بسواء واتخذن لهن أثواباً من الحرير المهلهل الشفاف المستورد من الهند والصين....).

(١) المرأة عند الرومان المرجع السابق ص ٣٢٢.

ثم يمضي قائلاً: (أصبح الزنا من الأمور العادية وألفه الناس ولم يكن ثمة امرأة موسرة الا طلقت مرة على الأقل. ولم يكن اللوم في ذلك واقعاً على النساء فقد كان أكبر سبب أنتشار الطلاق أن الزواج عند الطبقات العليا أصبح خاضعاً للمال والسياسة...)<sup>(١)</sup>. ويقول البستاني<sup>(٢)</sup>: (ان أسباب الترف أدت الى كثرة الطلاق فيعدل الزوج عن زوجته ليتزوج بأخرى والزوجة تنفصل عن زوجها لتتصل بعشيقها). ولم يكن من يقدم على الطلاق من الزوج أو الزوجة مسؤولاً عن بيان سبب ذلك لا أمام القانون ولا أمام الرأي العام. وعلى سبيل المثل: عندما طلق (بولوس أميليوس) زوجته (بايريا) لأمه أصدقائه وأثنوا على زوجته بانها جميلة وعاقلة وولود، فرد عليهم قائلاً: (حذاني جديد وجيد الصنع ومع ذلك فاني مضطر الى تغييره فليس هناك أحد سواي يعلم اين يؤمني)!!!<sup>(٣)</sup>. وكانت حرية الارادة في الطلاق في العصر الكلاسيكي تعتبر من النظام العام ولذلك كان كل اتفاق بين الزوجين على شرط يقيد هذه الحرية باطلاً ومخالفاً للنظام العام. وبالإضافة الى ذلك فان رضا كل من الزوجين كما كان يعتبر ركناً من اركان انعقاد الزواج كذلك كان يعتبر ركناً من أركان استمراره أيضاً<sup>(٤)</sup> فاختفاء الرضا من أحدهما في استمرارية الحياة الزوجية أياً كان سببه يعني اختفاء هذه الرابطة من الوجود الشرعي. وحرية ارادة الزوجين في الطلاق كانت نتيجة حتمية لمبدأ الرضائية في عقد الزواج لا وقت انعقاده فحسب وانما في كل فترة من فترات بقائه. غير أن هذه الحرية في الطلاق طرأ عليها تغيير ملموس في عصر الامبراطورية السفلى بفضل التعاليم المسيحية وتدخل السلطة في وضع حد لاساءة استعمال حق الطلاق من الزوج أو الزوجة وهذا ما سنوضحه في الفرع الآتي.

(١) ينظر قصة الحضارة الجزء الأول من المجلد الثالث (قيصر والمسيح، أو الحضارة الرومانية) ص ٢٧٨-٢٧٩.

(٢) دائرة المعارف للبستاني ١١/٣٣٦.

(٣) المرأة عند الرومان المرجع السابق ص ٢٣٣.

(٤) مبادئ القانون الروماني المرجع السابق ص ٢٤٧.

## الفرع الثالث

### الطلاق في عهد الامبراطورية السفلى<sup>(١)</sup>

في هذا العصر أخذ سلطان الارادة في الطلاق يتطور مما له من الحرية المطلقة في العصر الكلاسيكي الى التقيد بقيود فرضتها القوانين والدساتير الرومانية بتأثير التعاليم المسيحية منذ لحظة اعتناق الأباطرة الرومانيين لهذه الديانة وفور تسلمهم مهام السلطة حيث رفعت في أنحاء روما الشعارات المسيحية التالية:

(الزواج رابطة لا أنفصام لها).

(الأفراد في وسعهم أن يعقدوا أو لا يعقدوا زواجاَ فاذا عقدوه فليس في وسعهم أن يخلوه).

(ما وصله الرب لا يفصمه البشر).

(الزواج عقد رضائي لكن الرضا فيه لا يلزم توافره الا عند انعقاده فهو غير لازم لاستمراره)، وهكذا.

فالكنيسة أن لم تنجح في جعل التشريع الزمني يتبنى مبدأ عدم قابلية الزواج للاختلال فانها قد تمكنت من وضع حد لاساءة استعمال حق الطلاق وتقييد حرية الارادة فيه مع الاختلاف في مدى هذا التقييد في ضوء المراحل التي مر بها التشريع الخاص بنظام الطلاق. والتعديلات التي طرأت على نظام الطلاق هي ما يلي:

#### أ - عهد قسطنطين:

بدأ تعديل نظام الطلاق في هذا العهد باصدار دستور عام ٣٣١م الذي أعلن في مقدمته: (لا ينبغي أن يمكن الزوج أو الزوجة من أن يطلق أحدهما الآخر في طيش أو لأعذار واهية)<sup>(٢)</sup>.

<sup>(١)</sup> يبدأ هذا العصر بولاية الامبراطورة (دقلديانوس) في عام ٢٨٤م ويمتد حتى موت الامبراطور جوستنيان سنة ٥٢٥م هذا من الناحية السياسية، أما من ناحية تأريخ القانون فيرى البعض أنه يبدأ بحكم الامبراطور قسطنطين ٣٠٣م.

<sup>(٢)</sup> راجع المرأة عند الرومان ص ٢٣٤ وما بعدها.

وتضمن الدستور تحديد الأسباب المبررة للطلاق لكل من الزوجين حسب ما يلي:

**أولاً - للزوج أن يطلق زوجته عند توفر أحد الأسباب الآتية:**

١- الزنا: ويلاحظ أن زنا الزوجة كان سبباً يعطي الحق للزوج أن يطلقها ولكن زنا الزوج

لم يبرر للزوجة أن تطلقه بموجب هذا الدستور.

٢- الحكم على الزوجة بسبب ارتكابها جريمة التسميم.

٣- احترام الزوجة مهنة الواصلة (القوادة).

**ثانياً - للزوجة أن تطلق زوجها اذا كان متلبساً بأحد السببين التاليين:**

١- ارتكاب جريمة التسميم.

٢- هدم المقابر أو انتهاك حرمتها.

ومن الجدير بالذكر أن مخالفة هذه الأسباب لم تكن لتحول دون وقوع الطلاق، بل الطلاق يقع ولكن يترتب عليه جزاء مالي يتمثل في فقدان المرأة دوطتها أن طلقت زوجها بدون سبب، وفي الزام الزوج برد الدوطة كاملة للزوجة أن طلقها دون تحقق سبب من الأسباب المذكورة آنفاً.

## ب - عهد جوليانوس:

اعتبرت الاصلاحات التشريعية الخاصة بنظام الطلاق من الامبراطور قسطنطين تسرعاً وعملاً سابقاً لأوانه وأمرأً يصطدم مع عادات الرومان السائدة وتقاليدهم الراسخة في اباحة الطلاق دون قيد أو شرط، لذا لما تولى جوليانوس الحكم بادر الى الغاء هذا التشريع وأعاد حرية الطلاق تنفيذاً لرغبة الشعب<sup>(١)</sup>.

## ج - عهد تيودوزيوس وفانتيانوس:

بعد موت جوليانوس وعودة الأباطرة المسيحيين الى الحكم جرت محاولات جديدة لتقييد الارادة في الطلاق فأصدر الامبراطوران تيودوزيوس وفالنتيانوس دستور ٤٤٩م الذي تضمن تحديد أسباب الطلاق.

(١) المرجع السابق ص ٢٣٥. الدكتور احمد الغندور الطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون، الطبعة الأولى ١٩٦٧م ص ٢٣.



وقال (تيودوزيوس) في تعليل هذا التحديد: (ان الذي دفعه اليه هو مصلحة الأولاد الذين هم الضحايا الحقيقيون في معظم الأحوال لانفصال الوالدين)<sup>(١)</sup>.  
غير أن هذا الدستور قد أضاف الى أسباب الطلاق في دستور قسطنطين أسباباً أخرى جديدة بالنسبة لطلاق الزوج والزوجة كما يلي:

#### أولاً - للزوجة أن تطلق زوجها

إذا تحقق أحد الأسباب الآتية:

١- الحكم على الزوج بسبب التزوير أو السرقة أو أية جريمة أخرى.

٢- محاولة الزوج الاعتداء على حياة زوجته بالشروع في قتلها.

٣- اساءة الزوج معاملة الزوجة.

٤- الخيانة الزوجية من الزوج.

#### ثانياً - للزوج أن يطلق زوجته

في إحدى الحالات التالية:

١- انتهاك الزوجة حرمة المقابر.

٢- الحكم عليها من أجل السرقة.

٣- شروعها في الاعتداء على حياة الزوج.

٤- أن تحيا حياة متحررة أكثر مما ينبغي.

وقد قرر الدستور المذكور أيضاً أن الزوجة إذا طلقت زوجها دون سبب من هذه الأسباب تفقد حقها في استرداد الدوطة.

كما أن الزوج إذا طلق زوجته دون سبب يفقد حق استرداد المهر الذي دفعه للزوجة بمناسبة زواجها<sup>(٢)</sup>.

(١) المرأة عند الرومان المرجع السابق ص ٢٣٦.

(٢) المرجع السابق ص ٢٢٧. قصة الزواج المرجع السابق ص ٣١٠-٣١١ الدكتور شاب توما القانون الروماني ص ٧٢ الدكتور جميل الشرقاوي المرجع السابق المقارنات والمقابلات المرجع السابق ص ٣٥٩. جبرائيل البناء القانون الروماني ص ١٠١. الدكتور ممدوح عمر مصطفى القانون الروماني ص ٤.

## د . عهد جوستنيان:

تولى جوستنيان الحكم في الامبراطورية الشرقية (٥٢٧-٥٦٥ م) وأجرى تعديلات على نظام الطلاق بحيث يمكن تنويعه الى الانواع الاربعة الآتية:

### ١- الطلاق لسبب مشروع:

وهو الطلاق الذي يقع بإرادة أحد الزوجين مع قيام السبب المبرر له لدى الزوج الآخر فقد أقر لكل من الزوجين أسباباً محددة تسمح له بالتحول الى الطلاق عند توفر واحد منها:

#### أ - للزوج أن يطلق زوجته لأحد الأسباب الآتية:

- ١- اذا ذهبت دون اذنه الى الحمام العمومي.
- ٢- اذا تناولت طعاماً في محل عام.
- ٣- اذا ذهبت الى الملعب برفقة شخص غير محرم.
- ٤- اذا زنت.
- ٥- اذا زاولت مهنة على الرغم من معارضة الزوج.
- ٦- اذا اعتدت على حياة زوجها.

#### ب - وللزوجة أن تطلق زوجها في إحدى الحالات التالية:

- ١- اذا اشترك في مؤامرة ضد سلامة الدولة.
- ٢- اذا عاشر امرأة اجنبية في منزل الزوجية.
- ٣- اذا اعتدى على حياة زوجته.
- ٤- اذا هجر منزل الزوجية.

وإذا تم الطلاق من الزوج أو الزوجة لسبب من الأسباب المذكورة يترتب عليه تعرض من ارتكب الخطأ المبرر للطلاق لعقاب حده الأدنى فقدانه لحقه المالي الذي يترتب على الطلاق لو لم يكن الخطأ منه. فالزوجة تفقد حقها في استرداد الدوطة وكذلك تحرم من هدايا الزواج. بالإضافة الى أن الزوجة الزانية والتي طلقت لارتكابها هذه الجريمة يحكم عليها بالسجن المؤبد في الدير الأمر الذي يترتب عليه حرمانها من الزواج مرة أخرى<sup>(١)</sup>.

(١) ينظر مبادئ القانون الروماني المراجع السابق ص ٢٥٠. الدكتور الشرقاوي المراجع السابق ص ٢٢٩.

أما الزوج الذي طلقته زوجته لسبب موجود فيه من الأسباب المبررة فيحرم من الدوطة ومن هدايا الزواج.

## ٢- الطلاق بلا مبرر شرعي:

ومن الجدير بالذكر أن القيود المفروضة على إرادة الزوجين في الطلاق سواء أكانت في قانون جوستينيان أم في القوانين السابقة مخالفتها لا تؤدي إلى عدم وقوع الطلاق وإنما يقع ولكنه يترتب عليه عقاب من أقدم عليه على الرغم من عدم وجود سبب شرعي يبرره عملاً مباحاً:

أ - فالمرأة التي تطلق زوجها دون سبب تفقد حقها في استرداد الدوطة التي جلبتها معها من بيت والدها وتتحول ملكيتها كاملة إلى الزوج إذا لم يكن لهما أولاد والا تنتقل ملكية الرقبة إليهم وملكية المنفعة إلى الزوج. وكذلك يترتب عليه حرمانها من جميع الهبات التي قدمت إليهما بمناسبة زواجهما. كما تفقد بقية أموالها التي يذهب ثلثها إلى الدير الذي يفرض عليها أن تقسم فيه، ويذهب الثلثان إلى فروعها وأصولها.

ب - أما إذا طلق الزوج زوجته دون سبب فإنه يفقد حقه في الدوطة، وتستردّها الزوجة كاملة كما يفقد حقه في الهبات المقدمة إليهما.

وكذلك يفقد جزء من أمواله يعادل ثلث هبات الزواج فيصبح حقاً خالصاً للزوجة أن لم يكن لهما الأولاد والا تنتقل ملكية الرقبة إليهم وحق الانتفاع للزوجة. وفي حالة عدم وجود الدوطة والهبات يكون للزوجة ربع ذمة زوجها بدلاً منها بمقتضى قانون جوستينيان رقم (١١٧)<sup>(١)</sup>.

وبهذه العقوبات تمكن جوستينيان أن يضع حظراً شديداً على الطلاق من جانب واحد دون السبب.

(١) ينظر الزواج والطلاق في جميع الأديان المرجع السابق ص ٦٢١.

بوتيهي فقرة (٢٢١) نقلاً عن الدكتور الشرقاوي المرجع السابق ص ٢٢٩ هامش (٢).

الدكتور عبد المنعم البدر والدكتور البدرأوي المرجع السابق ص ٢٦٥.

القانون الروماني للدكتور عمر معدوح المرجع السابق ص ٢٠٥.

### ٣- الطلاق المباح:

- وهو الطلاق الذي يبرره سبب مشروع موجود في الطرف الآخر دون تقصير أو خطأ منه.
- وقد حصر قانون جوستينيان رقم (١١٧) هذه المبررات في الأمور الآتية:
- ١- نذر العفة (دخول الرهينة) فإذا اختار ذلك أحد الزوجين لا يعتبر تقصيراً ولا خطأ ولكنه يبرر للطرف الآخر أن يطلقه ولا يترتب عليه أي عقاب.
  - ٢- جنون أحد الزوجين يبرر للآخر أن يطلقه.
  - ٣- إذا أسر أحد الزوجين ولم يعرف مصيره من الحياة أو الممأة يجوز للطرف الآخر أن يطلقه إذا مضت مدة يكون الظن الغالب عدم بقائه على قيد الحياة.
  - ٤- العجز الجنسي: إذا أصيب أحدهما بالعجز الجنسي فللآخر أن يطلقه.
  - ٥- عقم أحد الزوجين إذا كان أحدهما عقيماً فللآخر حق الطلاق<sup>(١)</sup>.
- فالطلاق في جميع هذه الحالات مباح لكل من الزوج والزوجة ولا يترتب عليه أي عقاب أو لوم لانه كان بسبب مشروع ولم يكن لمن قام به السبب أي تقصير أو خطأ فيه.

### ٤- الطلاق باتفاق الزوجين:

- يبدو أن هذا النوع من الطلاق كان جائزاً في جميع عصور الرومان وهو لا يتطلب شكلاً خاصاً ولا قيام خطأ من أحدهما ولكنه يستلزم توفر بعض الشروط منها:
- أ - أن الطرف الذي يبدي رغبته في الطلاق باتفاق الطرفين يجب عليه أن يصرح بذلك أمام سبعة شهود رومانيين وطنيين بالغين.
  - ب - يبعث الطرف الراغب برجل الى الزوج الآخر ليبلغه بذلك لحصول الموافقة منه.
- وهذان الشرطان الشكليان استحدثهما قانون جوستينيان<sup>(٢)</sup>.

### الاستنتاج:

- نستنتج من هذه الدراسة المختصرة لأحكام الطلاق عند الرومان من زاوية (مدى سلطان الارادة في الطلاق) النتائج التالية:
- ١- أن للأخلاق الذاتية والشعور الذاتي بالمسؤولية أمام الله وأما الرأي العام دوراً كبيراً

(١) الشرقاوي المرجع السابق ص ٢٢٩. المرأة عند الرومان ص ٢٣٨. الزواج والطلاق في جميع الأديان ص ٦٢٠.

(٢) حقوق الرومان المرجع السابق ص ٨٨.

في تقليل حوادث الطلاق كما في العصر القديم الروماني حيث مضى على حياة هذا الشعب خمسمائة سنة دون أن يقع حادث واحد للطلاق.

٢- أن للجشع المادي، والتفاوت الطبقي، والمنافسة السياسية والسماح بالحرية أكثر مما ينبغي، والفهم الخاطئ في تحديد هدف الزواج، دوراً كبيراً في كثرة حوادث الطلاق، وتخريب البيوت، وتحطيم النساء وتشريد الأطفال، وبالتالي انتشار الفساد ودمار المجتمع كما حدث ذلك في العصر الكلاسيكي من حياة الرومان.

٣- أن منح الزوجة حق التطليق (أو طلب التفريق القضائي) أكثر مما ينبغي يؤدي الى كثرة حوادث الطلاق.

٤- أن للوعي الديني، ولتنظيم القانوني للزواج والطلاق تنظيماً معقولاً عادلاً غير منحاز لا الى المرأة ولا الى الرجل، مع فرض عقوبات بدنية ومالية على كل من يلجأ الى استخدام سلاح الطلاق ضد الطرف الآخر في شركة الحياة الروحية دون سبب مشروع، تأثيراً كبيراً في وضع حد للفوضى التي تسود حياة بعض العوائل في العالم العربي والاسلامي.

كما ثبت نجاح هذه التجربة في عصر الامبراطورية السفلى من عصور الرومان. ان المشهد المؤلم والمظهر المخزي في المحاكم الشرعية في كل قطر من الأقطار الاسلامية والعربية، خير شاهد على مدى اهمال تنظيم حياة الأسرة، وترك الزوجين يتصرفان حسب مشيئتهما تحت شعار (حرية الارادة في الطلاق).



## الفصل الخامس

### الطلاق عند العرب قبل الاسلام

كان للزواج ولطرق انحلاله أنواع كثيرة لذا  
نوزع محتويات هذا الفصل على مبحثين:  
يتضمن الأول أنواع الزواج،  
ويتناول الثاني طرق انقضائه.

## المبحث الأول

### الزواج وأنواعه عند العرب قبل الاسلام

عرف العرب قبل الاسلام أنواعاً كثيرة من الزواج وهي تتراوح بين ما يدل على فطرية قريبة من الاباحية، وبين ما يشبه الزواج المعروف حالياً. وكان من أهم مقاصد الزواج لديهم - كما في أي مجتمع آخر - هو التناسل والتوالد، بالإضافة الى أنهم كانوا يستهدفون من وراء رباط المصاهرة تقوية العلاقات القبلية عندما تكون الزوجة من غير القبيلة.

ولكن قلل من أهمية هذا الهدف العادة الشائعة القاضية بان بنت العم لا يتزوجها الا ابن العم، وان الثاني ليس له الخيار في الزواج من غيرها. وسادت هذه العادة بحيث أصبحت بنت العم في القبيلة مرادفة لزوجة ابن العم. وكان هذا الزواج مدعاة للافتخار والاعتزاز، وخلافه كان مثيراً للاستهجان والاستغراب<sup>(١)</sup>. ولا يزال تأثير هذه الظاهرة الاجتماعية التقليدية باقياً لدى بعض القبائل والعشائر.

### شروط الزواج:

كان من شروط بعض أنواع الزواج تحقق الرضا وتوفير المهر.

#### أ - الرضا:

المعتبر عند كثير من القبائل هو رضا الزوج والولي من الأب، أو الأخ، أو الجد، أو العم، أو الأقرب فالأقرب من العصبات. وكان للولي الحق في اجبار موليته على الزواج. غير أن بعض القبائل الأخرى كانت تشترط مع رضا الولي والزوج موافقة الزوجة فلا يصح الزواج ما لم يقرن برضاها.

(١) ينظر الألويسي (محمود شكري): بلوغ الأرب في معرفة احوال العرب ط/٢ القاهرة ١٣٤٧هـ، ١٧٤/٣، ٣٢، ٣/٢.



## ب = المهر:

هو مقدار من المال يدفعه الزوج لولي الزوجة. وكل زواج خال من المهر كان مدعاة للسخرية، وللعار على الزوجة وقبيلتها.

وفي بعض الأحيان يقسم الى قسمين (مؤجل ومعجل) يبقى المؤجل ديناً في ذمة الزوج يسدد من تركته بعد وفاته، كما هو معروف في الوقت الحاضر في بعض الأقطار كالعراق.

ولم يكن في عرف العرب مقدار محدد للمهر، وإنما يتحدد كمّاً وكيفاً باتفاق الطرفين في ضوء المكنة المالية والمركز الاجتماعي لكل من الزوجين. وأحياناً يصل الى (١٥٠) ناقة أي ما يعادل دية (تعويض) القتل، أو أكثر منها<sup>(١)</sup>. والمهر قليلاً كان أو كثيراً يعتبر ملكاً للولي دون الزوجة.

وبعد أن جاء الاسلام أبطل هذه العادة وقرر أنه ملك الزوجة، لا يحل لغيرها الا بطيب من نفسها، فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِينًا مَرِينًا﴾<sup>(٢)</sup>.

## محرمات الزواج:

كان عرف العرب يقضي بتحريم تزوج الأمهات والبنات والأخوات والحالات والعمات، كما حرم على المرأة التزوج من أصولها، أو فروعها، أو إختها، أو أعمامها<sup>(٣)</sup>.

## شكلية الزواج:

لم يكن الزواج عند العرب أي لون من ألوان الشكلية، بل كان عقداً رضائياً يتم برضاء الزوج وولي الزوجة وتحديد المهر. لكن كان من عاداتهم إقامة وليمتين (وليمة الخطبة، وليمة العرس).

(١) الميداني (ابو الفضل احمد بن محمد النيسابوري) مجمع الأمثال طبعة القاهرة ١٣٤٢هـ ١٠٢/٢.

المحمصاني (الدكتور صبحي المحمصاني): الأوضاع التشريعية في الدول العربية ماضيها وحاضرها ط/٣ بيروت ١٩٦٥م ص ٦٠.

(٢) سورة النساء: ٤.

(٣) المحمصاني المرجع السابق ص ٦٠.

## تعدد الزوجات:

كان تعدد الزوجات عرفاً شائعاً سائداً لدى العرب قبل الاسلام فلكل متمكن الحق في أن يتزوج ما يشاء من النساء دون أن يكون مسؤولاً أمام شريعة أو قانون أو عرف. ويعود سر ذلك الى أسباب عدة أهمها قلة نسبة الرجال بسبب الحروب والغزوات المتواصلة بين القبائل.

ولما جاء الاسلام حدد الحد الأقصى بأربع عند ارادة الزواج بأكثر من واحدة لعذر مشروع مع التأكد من تحقيق العدالة، والا فيجب الاقتصار على واحدة. فقد قال سبحانه وتعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾<sup>(١)</sup>. يقول قيس بن الحارث: أسلمت وتحتي ثماني نسوة فالتقيت بالنبي ﷺ، فقلت له ذلك. فقال: ((اخْتَرِ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا))<sup>(٢)</sup> وغيلان بن سلمة، أسلم وله عشر نسوة أسلمن معه فأمره الرسول ﷺ أن يختار منهن أربعاً<sup>(٣)</sup>.

والاسلام اعترف بصحة زواج كل من أسلم ولم يأمره باعادة عقد الزواج بعد اسلامه. وكان الجمع بين الأختين جائزاً عند العرب فحرمه الاسلام بقوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾<sup>(٤)</sup>. فهذه الجملة معطوفة على قوله تعالى: (أمهاتكم) أي حُرِّمَ عليكم أن تجمعوا بين الأختين.

(١) (وَأَنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا) (النساء: ٣)

(٢) (عَنْ قَيْسِ بْنِ الْحَارِثِ قَالَ أَسْلَمْتُ وَعِنْدِي ثَمَانِي نِسْوَةً فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقُلْتُ ذَلِكَ لَهُ فَقَالَ اخْتَرِ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا) {ابن ماجه ١٩٤٢}.

(٣) لمزيد من التفصيل ينظر ابن قدامة (عبدالله بن محمد بن قدامة المقدسي) (ت - ٦٢٠هـ):

المفني. مطبعة عاطف ٦٢٠/٦، ٦٢١.

(٤) (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَخَالَاتُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ أَنْ اللَّهُ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا) (النساء: ٢٣).

## أنواع الزواج:

كان للعرب قبل الاسلام أنواع متعددة من الزواج منها:

### أ - الزواج المتعارف في الوقت الحاضر:

يتم الزواج برضاء الولي والزوجين ودفع المهر. ومن نماذج هذا النوع ما نقله أبو الفرج الأصبهاني<sup>(١)</sup> من أن محمد بن البشير الخارجي له زوجتان وعدتاه أن تلتقيا معه في موضع ساق غنمه اليه، وتأخرتا عن موعهما، فأخذ يصعد في الجبل وينزل ويتبصرهما فلا يراهما، فبينما هو كذلك اذ أبصر امرأتين قد نزلتا. فقال: أنزل فأحدث اليهما، فإذا هو بامرأة مسنة ومعها بنت لها شابة فأعجبهته، فقال: أتزوجيني ابنتك هذه؟ قالت: اذا كنت كفوءاً. فانتسب لها (عداً نسبه). فقالت: أعرف النسب ولا أعرف الوجه ولكن يأتي أبوها. فجاء أبوها فعرفه، فأخبرته امرأته بما طلب، فقال: نعم، وزوجه اياها فساق اليها قطعة من غنمه (أي دفعها مهرأ)، وبنى بها، ثم التقى بزوجتيه.

فهذه الواقعة في تلك البادية تدل على صورة بسيطة من زواج تم بمجرد رضاء الطرفين ودفع المهر بدون شاهد، أو كاهن، أو قاض، أو خطبة، أو وليمة، أو غير ذلك من الاجراءات المعقدة الموجودة في الوقت الحاضر.

وقد أقر الاسلام هذا النوع البسيط من الزواج، لكن أضاف اليه شرط حضور شاهدين حذراً من النتائج السلبية.

### ب - زواج المقت:

وهو زواج المرأة بعد وفاة زوجها من قبل أحد أبنائه (الذي ليس منها)، أو ورثها على الرغم من ارادتها. ومن هذه الناحية كانت الزوجة تعتبر بمثابة جزء من التركة، فلم يكن لها الحق في الزواج من غير الورثة. فإذا مات الزوج كان لأكبر أبنائه من زوجة أخرى أن يتزوجها، وذلك بطرح ثوبه عليها.

فإذا لم يرغب هو في زواجها أنتقل حقه الى اخوته أو سائر العصبات. وقد أبطل الاسلام هذه العادة فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ

(١) علي بن الحسين الاصبهاني (ت ٣٥٦هـ): كتاب الأغاني مصور عن طبعة دار الكتب ١٥/١٠٨.

أَنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا<sup>(١)</sup>.  
وقال: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا<sup>(٢)</sup>﴾.

### ج - زواج الظفينة:

فالمقاتل في الحرب يسبي امرأة يتزوجها بلا مهر وبلا رضائها ورضاء وليها، لأن السبي من أسباب الاسترقاق، والرقيق عبدٌ كان أو جارية ملك السيد، وكانت هذه الملكية تعتبر نوعاً من الزواج تبيح له معاشرتها.

وقد عمل بهذه العادة فترة زمنية في الصدر الأول، ثم وضع الاسلام أسساً وطرقاً كثيرة لانتهاء نظام الرق البغيض، ونزلت آيات كثيرة يدل ظاهرها على تحريم استعباد الانسان لأخيه الانسان أيّاً كان السبب منها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ أَنَا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا أَنْ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ<sup>(٣)</sup>﴾.

### د - زواج المتعة:

وهو زواج مؤقت لمدة محددة يشترط فيه المهر ورضاء الزوجة فقط وبيان الأجل فينتهي بانتهاء الأجل حسب اتفاق الطرفين. وهذا النوع لا يثبت به الميراث اذا توفي أحدهما خلال المدة ما لم يشترط ذلك في العقد، لكن يثبت به النسب وتجب به العدة.

وأقره النبي ﷺ في صدر الاسلام في حالات الضرورة ثم نسخه وأبطله على رأي جمهور فقهاء المسلمين. لكن يرى البعض (كالأمامية) أنه لا يزال باقياً اذ لم يتأكد في نظرهم نسخه والغاؤه بدليل ثابت<sup>(٤)</sup>.

(١) سورة النساء: ٢٢.

(٢) ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَفْضُلُوهُنَّ لَتَذْمَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾ (النساء: ١٩).

يقول القرطبي (٥/٩٤): اذا مات الرجل كان أولياؤه أحق بامراته أن شاء بعضهم تزوجها، وإن شاءوا زوجوها، وإن شاءوا لم يزوجوها.

(٣) ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ أَنَا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا أَنْ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ أَنْ اللَّهُ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾ (الحجرات: ١٣).

(٤) ينظر جعفر بن الحسن الحلبي: المختصر النافع في فقه الإمامية طبعة ١٣٨٢هـ ص ٢٠٧ وما بعدها. العيني شرح البخاري المرجع السابق ١١١/٢٠.

## هـ - زواج الشغار:

وهو أن يزوج ابنته أو أخته لآخر على أن يزوجه هو ابنته أو أخته مثلاً وليس بينهما صداق وتكون كل واحدة منهما مهراً للأخرى<sup>(١)</sup>. وقد أبطله الاسلام لما يترتب على ذلك من مشاكل عائلية واجتماعية، ولأن المهر يجب أن يكون قابلاً للتعامل فلا يصح أن تكون كل واحدة مهراً للأخرى.

## آثار الزواج:

من أهم آثار الزواج عند العرب قبل الاسلام بعد التمتع وترتب الحقوق المتبادلة للزوجين هو أن الزوجة كانت تنقطع علاقتها بأهلها بمجرد الزواج وتنتقل من قبيلتها الى قبيلة زوجها. وهذا يشبه الى حد كبير بالزواج مع السيادة لدى الرومان كما سبق. الا أن الاسلام أبطل هذا الأثر وأمر بصلة الرحم وباستمرارية علاقة الزوجة مع أهلها وأقاربها.

(١) العيني المرجع السابق ١٠٨/٢٠. سبل السلام ١٥٩/٣.

## المبحث الثاني

### طرق انقضاء الزواج عند العرب قبل الاسلام

كان الزواج عندهم ينتهي - بالإضافة الى الموت - بالطرق التالية:  
(الطلاق، والخلع، والايلاء، والظهار، والسبي، وانقضاء الأجل).

#### أولاً . الطلاق:

الطلاق من المصطلحات العربية القديمة وهو عبارة عن إنهاء العلاقة الزوجية بالارادة المنفردة.

ولم أجد حسب ما اطلعت عليه صورة للطلاق المقيد لدى العرب قبل الاسلام، فكل من يملك الطلاق من الزوج - وهو الغالب - أو الزوجة كان يتمتع بحرية تامة في ممارسة سلطة التطليق ولو لأتفه الأسباب. وكذلك لا نجد شكلية خاصة للطلاق، فهو لم يكن خاضعاً لأي اجراء شكلي، كما لم تكن له صيغة خاصة من الصيغ المعروفة في الوقت الحاضر، بل كانت هناك صيغ كثيرة بدائية متداولة منها قول الزوج (الحقي بأهلك) أو (حبلك على غاربك) أو (إذهبي فلا أندك كريك)<sup>(١)</sup>. أو (اخترت الظباء على البقر) أو (فاذهبي حيث شئت) أو (انت خلية) أو (انت بريّة)<sup>(٢)</sup> وهكذا في التعابير الأخرى التي لا تليق بمركز المرأة كأم في المجتمع.

ومن الغريب أن بعضاً من الفقهاء<sup>(٣)</sup> أقرّوا صحة الطلاق بهذه الجمل واعتبروها من الكنايات التي يقع بها الطلاق اذا اقترنت بالنية، مع أن ما ورد في القرآن الكريم هو الطلاق، والفراق، والسراح، ومشتقاتها.

(١) النداء: الزجر.

(٢) ينظر الميداني المرجع السابق ١/١٧٩، ٢٥٣، ٤٠٨. المحمّصاني المرجع السابق ص ٦٦.

(٣) ينظر شرح فتح القدير في الفقه الحنفي ٦٣/٤ وما بعدها.

## عدد الطلاق:

بعض القبائل العربية كانت تعرف تحديد الطلاق بثلاث مرات، ولعلها تعرفت على ذلك عن طريق شريعة سيدنا اسماعيل عليه السلام <sup>(١)</sup>. وكان الرجل يملك ثلاث طلاقات متفرقات في ثلاث مرات ولم تعرف عنهم عادةً الجمع مرة واحدة (مثل أنت طالق ثلاثاً). ولكن كان للزوج أن يستوفيها في مجلس واحد بثلاث دفعات، وقد فعل ذلك الأعشى <sup>(٢)</sup> حين تزوج امرأة فرغب بها قومها عنه فهدده بالايذاء أن لم يطلقها.

فقال - وهو يخاطب زوجته حين تطليقها -:

كذاك أمور الناس غاد وطارقة

أيا جارتي بيني فانك طالقة

فقالوا: ثنه. فقال:

والأ ترين لي فوق رأسك بارقة <sup>(٣)</sup>

وبيني فان البين خير من العصا

فقالوا: ثلث. فقال:

وموموقة <sup>(٤)</sup> فينا كذاك وواقمة <sup>(٥)</sup>

وبيني حسان الفرج غير ذميمة

فتاة أناس مثل ما أنت ذائقة

وذوقي فتى قوم فاني ذائق

وتدل هذه الصورة من التطليق على أن طلاق المكره عند العرب قبل الاسلام كان يقع وبالإضافة الى ذلك فان بعض القبائل العربية لم تعرف حداً لعدد الطلاقات، بل الزوج يطلق زوجته ويتركها حتى يقرب أنقضاء عدتها فيراجعها نكاحاً بها. قالت عائشة رضي الله عنها: «كَانَ النَّاسُ وَالرَّجُلُ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ مَا شَاءَ أَنْ يُطَلِّقَهَا وَهِيَ امْرَأَتُهُ إِذَا ارْتَجَعَهَا وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ وَأَنْ طَلَّقَهَا مِائَةَ مَرَّةٍ أَوْ أَكْثَرَ...» <sup>(٦)</sup>

(١) ينظر بلوغ الأرب المرجع السابق ٤٩/٢.

(٢) ينظر ابن حبيب (أبو جعفر محمد بن حبيب البغدادي): المحبر مطبعة حيدر آباد الدكن الهند ١٣٦١هـ ص ٣٠٩.

(٣) في بعض المصادر ولا تزال فوق رأسك بارقة.

(٤) أي محبوبة.

(٥) وفي بعض المصادر: وموموقة كنت فينا وواقمة.

(٦) «كَانَ النَّاسُ وَالرَّجُلُ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ مَا شَاءَ أَنْ يُطَلِّقَهَا وَهِيَ امْرَأَتُهُ إِذَا ارْتَجَعَهَا وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ وَأَنْ طَلَّقَهَا مِائَةَ مَرَّةٍ أَوْ أَكْثَرَ حَتَّى قَالَ رَجُلٌ لَامْرَأَتِهِ وَاللَّهِ لَا أَطْلُقُ فَتَبَيَّنِي مَنِّي وَلَا أُوِيكَ أَبَدًا قَالَتْ وَكَيْفَ ذَاكَ قَالَ أَطْلُقُكَ فَكَلِمًا مِمَّنْ عِدَّتُكَ أَنْ تَنْقُضِي رَاجِعْتُكِ فَذَمَّتِ الْمَرْأَةُ حَتَّى دَخَلَتْ

وجاء الاسلام فأقر ثلاث طلاقات في ثلاث مرات ومنع الزوج من ارجاع زوجته أكثر من مرتين فقال سبحانه وتعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>(١)</sup>. وفي المرة الثالثة قال سبحانه وتعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾<sup>(٢)</sup>.

وبذلك حدد الاسلام الطلاق الذي تجوز فيه العودة بمرتين، يراجع كل منهما نفسه في كل مرة، ويعتبر شعوره تجاه صاحبه، فان عاد الرجل فطلق للمرة الثالثة تنفصم الزوجية أنفصامًا تامًا لا سبيل له عليها الا بعد أن تتزوج زواجاً طبيعياً شرعياً، ثم ينقضي ذلك الزواج بالموت أو الطلاق وتنتهي العدة، فعندئذ اذا رغبا في العودة الى سابق عهدهما فلا جناح عليهما أن ظلنا أن يستقيم أمرهما كما أمر الله. وقد استحدثت بعض القبائل العربية<sup>(٣)</sup> حيلة لاعادة الزوجة بعد الطلاقات الثلاث فأباحوا للزوج الذي طلق زوجته ثلاث مرات أن يردها اليه بعد أن تتزوج من رجل آخر على أن يطلقها بعد معاشرتها.

ومع ذلك كان حلاً مذموماً عندهم ولم يكن كثيراً<sup>(٤)</sup>. ولما جاء الاسلام أنكر هذه الحيلة المذمومة ولعن على لسان رسوله ﷺ الزوج الأول المحلل له والزوج الجديد المحلل له.

على عائشة فأخبرتها فسكتت عائشة حتى جاء النبي ﷺ فأخبرته فسكت النبي ﷺ حتى نزل القرآن الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان قالت عائشة فاستأنف الناس الطلاق مستقبلاً من كان طلق ومن لم يكن طلق) رواه الترمذي ١١١٣. والبيهقي في السنن الكبرى ٣٣٣/٧ والحاكم في المستدرک ٢٧٩/٢.

(١) (الطلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ) (البقرة: ٢٢٩). أي ارجاعها قبل أن تنقضي عدتها أو تطليقها. وقوله تعالى (أو تسريح بإحسان) يعني الطلقة الثالثة. ينظر في تفصيل هذا الموضوع تفسير القرطبي ١٣٢/٣.

(٢) (فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا أَنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ) (البقرة: ٢٣٠).

(٣) التي كانت تؤمن بديانة سيدنا اسماعيل عليه السلام التي حددت عدد الطلاقات بثلاثة.

(٤) ينظر الدكتور احمد الفندور: الطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون ص ٢٦.



قال ابن مسعود رضي الله عنه: لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له. وسمي الزوج المؤقت بالتيس المستعار، فقال: ((أَنَا أُخْبِرُكُمْ بِالتَّيْسِ الْمُسْتَعَارِ؟ قَالُوا: بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ. قَالَ: هُوَ الْمُحَلَّلُ لَعَنَ اللَّهُ الْمُحَلَّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ)) <sup>(١)</sup>.

يقول الصنعاني <sup>(٢)</sup>: (والحديث دليل على تحريم التحليل لانه لا يكون اللعن الا على فاعل المحرم، وكل محرم منهى عنه، والمنهي عنه يقتضي فساد العقد). وسيأتي تفصيل ذلك في محله باذن الله.

## ثانيا . الخلع :

الطريقة الثانية لانهاء العلاقة الزوجية لدى العرب هي الخلع، وهو عبارة عن افتراق يتفق عليه الزوجان مقابل التزام الزوجة بدفع عوض للزوج أو تنازل عن حق لها عليه، وذلك مقابل تطليقها، ورجوع الزوجة الى حريتها السابقة قبل الزواج. يقول أبو بكر بن دريد في أماليه <sup>(٣)</sup>: زعم العلماء أن أول خلع في العرب هو: أن عامر بن الطرب زوج ابنته من ابن أخيه عامر بن الحارث فلما دخلت عليه نفرت منه فشكى الى أبيها، فقال له الأب: لا أجمع عليك فراق أهلك ومالك وقد خلعتها منك بما أعطيتها. وبعد أن جاء الاسلام نظم الخلع وهذبته عن شائبة البيع والشراء فقال سبحانه وتعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ <sup>(٤)</sup>. وسيأتي تفصيل ذلك في الباب الرابع باذن الله.

## ثالثا . الايلاء :

وهو أن يخلف الزوج على ترك معاشرة زوجته مدة سنة أو سنتين، ثم قد ينتهي ذلك بانهاء العلاقة الزوجية. وكان الايلاء طلاقا عندهم <sup>(١)</sup>. ثم جاء الاسلام فحدد الحد الأقصى

(١) ابن ماجه: ١٩٢٦.

(٢) سبل السلام المرجع السابق.

(٣) ينظر بلوغ الأرب المرجع السابق ٢٩/٢.

(٤) (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمُ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْنَاهُمْ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ) (البقرة: ٢٢٩).

لمدة الايلاء بأربعة اشهر، وبعد ذلك يجب على الزوج أمّا أن يعاشر زوجته وأمّا أن يطلقها. فقال سبحانه وتعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلَوْنَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾<sup>(١)</sup>.

وقال بعض الفقهاء من الصحابة كابن مسعود وزيد بن ثابت اذا انتهت المدة ولم يعاشرها يقع الطلاق تلقائياً. وسيأتي بيان ذلك مفصلاً.

## رابعا . الظهار:

هو أن يشبه الزوج زوجته بامرأة يحرم عليه زوجها حرمة مؤبدة<sup>(٢)</sup> كأمه أو أخته، وسمي ذلك ظهاراً، لانه يقول في صيغته (انت عليّ كظهر أمي أو אחتي) أو غيرها من النساء المحرمات تحريماً مؤبداً.

وكان هذا التشبيه يعني انه لا يريد قربانها مرة أخرى<sup>(٣)</sup>. وظل الظهار طلاقاً الى أن جاءت خولة بنت مالك بن ثعلبة زوجة أوس بن الصامت، الذي ظاهاها، الى رسول الله ﷺ وهي تشتكي زوجها إلى رسول الله ﷺ وهي تقول: ((يَا رَسُولَ اللَّهِ أَكَلْتُ شَبَابِي وَتَشَرْتُ لَهُ بَطْنِي حَتَّى إِذَا كَبُرْتُ سَنِي وَانْقَطَعَ وَلَدِي ظَاهِرٌ مِنِّي اللَّهُمَّ أَنِي أَشْكُو إِلَيْكَ، فَمَا بَرَحْتُ حَتَّى نَزَلَ جِبْرَائِيلُ بِهذه الآيات قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ))<sup>(٤)</sup> قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا ذَلِكَمْ تَوْعَدُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾<sup>(٥)</sup> فهذا النص قرر الأحكام الآتية:

١- ابطال ما كان عليه العرب قبل الاسلام من اعتبار الظهار طلاقاً.

(١) تفسير القرطبي ١٠٣/٢. الانوار في الفقه الشافعي ٢٩٠/٢.

(٢) سورة البقرة: ٢٢٦.

(٣) ينظر العيني على البخاري ٢٨٠/٢٠.

(٤) ينظر مفاتيح الغيب للأمام فخر الرازي ٢٦٠/٢ وفيه (ان الظهار كان من اشد طلاق الجاهلية لانه في التحريم أوكد ما يمكن).

(٥) ابن عابجه: ٢٠٥٣.

(٦) سورة المجادلة: ٤-١.

٢- على الزوج الذي يظهر زوجته احدى المقويات التالية:

أ - تحرير أنسان مستعبد. فان لم يجد:

ب - فصيام شهرين متتابعين. فان لم يستطع:

ج - فاطعام ستين مسكيناً.

### خامسا . السبي:

كان سبي المرأة (أسرها) يقضي على كل ارتباط زوجي مع زوجها السابق كما أن تحررها ورجوعها الى أهلها كان ينهي زواجها اللاحق بالسَّابي (الذي أسرها).  
والسر في ذلك أن السبي (الأسر) كان سبباً من أسباب استعباد الأسير، فالمسبية تصبح ملكاً للسَّابي وهذه الملكية تنافي ولاية الزوج السابق، ولذا ينتهي زواجها من الأول بمجرد سبيها.

### سادسا . انقضاء الزواج الموقت بانتهاء المدة:

لان الزواج الموقت (المتع) لا ينتهي بالطلاق وانما بانقضاء اجله المحدد وفق اتفاق الطرفين<sup>(١)</sup>.

فهذا النوع من الزواج قد ألغي على رأي جمهور فقهاء المسلمين كما ذكرنا.

### سابعا . تطليق الزوجة لزوجها:

اعتبر العرب الطلاق حقاً طبيعياً للرجل دون المرأة ولكنهم أقروا هذا الحق لها أيضاً اذا اشترطت لنفسها ذلك في صلب عقد زواجها، فعندئذ يكون أمرها بيدها متى شاءت تركت معاشرته زوجها وطلقته.

ومنح هذا الحق للزوجة كان من أسباب كثرة حوادث الطلاق آنذاك.

والزوجات اللاتي يشترطن هذا الشرط كنَّ غالباً من ذوات المراكز الاجتماعية البارزة مثل سلمى الخزرجية وفاطمة الانمارية، ومارية بنت الجعيد، وعاتكة بنت مرة وأم خارجة التي

(١) ينظر السيد حسين يوسف مكّي العاملي، المتعة في الاسلام ص ٨٨.

عرفت واشتهرت بانها ذواقة<sup>(١)</sup> تطلق زوجاً جرّيته وتتزوج بآخر حتى تزوجت نيفاً وأربعين زوجاً<sup>(٢)</sup>.

وهذه الظاهرة كانت منتشرة لدى الرومان في العصر الكلاسيكي كما سبق بيان ذلك.

### طريقة تطليق الزوجة لزوجها:

عند اقدام الزوجة العربية على طلاق زوجها لم تكن لتستعمل الصيغ المعروفة لدى الرجال للطلاق، وانما طريققتها كانت عملية فعلية بحته بعيدة عن استخدام الألفاظ: فان كنّ في بيت شعر حولن الحباء: أن كان بابہ قبل المشرق حولنہ قبل المغرب، وان كان بابہ قبل الیمن حولنہ قبل الشمال، واذا رأى الرجل ذلك علم أنها قد طلقته فلم يأتيها. ومتى طلقت زوجها تركت داره والحي الذي يسكنه لتعود الى أهلها والحي الذي تنتمي اليه<sup>(٣)</sup>.

(١) وهي صاحبة المثل (أسرع من زواج أم خارجة).

(٢) احمد الغندور الطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون المرجع السابق ص ٢٦.

(٣) الألوسي: بلوغ الأرب المرجع السابق ٣٠/٢ وما بعدها.

البستاني: دائرة المعارف ٣٢٦/١١.

المحمصاني: الأوضاع التشريعية في الدول العربية ماضيها وحاضرها ص ٦٥ وما بعدها.

الاصفهاني: الاغانى المرجع السابق ١٠٢/١٦ وما بعدها.

الدكتور جواد علي: تاريخ العرب قبل الاسلام ٢٦٩/٥، ٧٠، ٧١.



# الباب الثاني

## الطلاق في التعاليم الموسوية

### ٢٠٠ق.م تقريبا

وهو يتضمن فصلين:

الفصل الأول : الطلاق في مذهب القرائين

الفصل الثاني : الطلاق في مذهب الريانيين





## حكم الطلاق عند اليهود:

جاء في سفر التثنية<sup>(١)</sup>: (إذا اتخذ رجل امرأة وصار لها بعلاً<sup>(٢)</sup>) ثم لم تحظ عنده لعيب أنكره عليها<sup>(٣)</sup> فليكتب لها كتاب طلاق، ويدفعه الى يدها، ويصرفها من بيته، فإذا خرجت من بيته، ومضت وصارت لرجل آخر، فأبغضها الرجل الآخر وكتب لها كتاب طلاق فدفعه الى يدها وصرفها من بيته أو مات الرجل الآخر الذي اتخذها له زوجة، فليس لبعلها الأول الذي طلقها أن يعود ويأخذها لتكون له زوجة بعدما قد تدنست).

وجاء في نبوءة ملاخي<sup>(٤)</sup>: (احرزوا لروحكم ولا يغدر أحد بامرأة شابة لأنه يكره الطلاق). وورد في سفر الأحبار<sup>(٥)</sup>: (بامرأة فاجرة أو مبذولة لا يتزوجوا، وبامرأة مطلقة لا يتزوجوا لأنهم مقدسون لآلهتهم).

وفي سفر الأحبار أيضاً<sup>(٦)</sup>: (وأما الأرملة، والمطلقة، أو المبذولة، أو الفاجرة فتلك لا يتخذها).

وقال فقهاؤهم<sup>(٧)</sup>: (لا يليق بالرجل أن يطلق أول زوجة له بغير مقتض). وقالوا أيضاً<sup>(٨)</sup>: (لا يجوز الطلاق في أيام السبت، والأعياد الدينية والجمعة مطلقاً، وفي الليل الا لضرورة). وكانوا في السابق يشترطون لصحة الطلاق: تثبيت تاريخ الحراب الثاني لبית المقدس في وثيقة الطلاق كناية عن تحريب الطلاق لكيان الأسرة<sup>(٩)</sup>.

ويؤخذ مما ذكرنا أن الطلاق في تعاليم اليهود وإن كان مشروعاً إلا أنه مبغوض إذا لم يكن حاجة، وإن المرأة المطلقة أقل منزلة من غيرها.

إلا أنهم أنقسموا الى مدرستين:

مدرسة شما: التي ترى أن الزوج طبقاً لكتاب التعاليم التقليدية عند اليهود ليس له أن

(١) الاصحاح (٢٤) العدد (١-٤).

(٢) وفي نسخة: وتزوج بها.

(٣) وفي نسخة: فإن لم تجد نعمة (حظوة) في عينيه لأنه وجد فيها عيباً.

(٤) الاصحاح (٢) العدد (١٥، ١٦).

(٥) الاصحاح (٢١) العدد (٧).

(٦) الاصحاح (٢١) العدد (١٤).

(٧) ينظر المادة (٣٢٨) من كتاب ابن شمعون.

(٨) ينظر المادتان (٣٣٤، ٣٣٥) المرجع السابق.

(٩) الباهو بشيامي، شعار الخضر في الاحكام الشرعية الاسرائيلية للقوانين ترجمة مراد فرح ص ١٢٤.

يطلق زوجته ما لم تقترب خطيئة الفسق.

ومدرسة هليل. وهي تؤيد الفكرة القائلة بأن الزوج يستطيع أن يطلق زوجته ولو لأتفه الأسباب<sup>(١)</sup>.

ويعمل هاتين المدرستين في تضيق نطاق الطلاق وتوسيعه مذهبان هما مذهب القرائين ومذهب الربانيين، فالأول يأخذ بفكرة الطلاق المقيّد ولا يبرره إلا لأسباب محدّدة، والثاني يبيح الطلاق ولو لم يكن الموجب قائماً.

### المذهبان اليهوديان (القرأؤون والربانيون):

منذ القرن الثامن الميلادي أنشق فقهاء اليهود على أنفسهم الى القرائين والربانيين<sup>(٢)</sup> ومنشأ خلافهم هو أن القرائين لا يعترفون بوجود مصدر سماوي للأحكام الشرعية سوى التوراة، في حين أن الربانيين يعتبرون التلمود<sup>(٣)</sup> مصدراً ثانياً وتوراة ثانية، ولا فرق بين التوراتين إلا بسبق التدوين. فالتلمود لم يدون في حينه كالتوراة، بل تناقلته الأجيال مشافهة، ودون أخيراً خوفاً من النسيان والتحريف، ويرى القرأؤون أن التلمود من وضع الفقهاء الاسرائيليين. وينبني على هذا الخلاف اختلافهم في جواز الاجتهاد، فأخذ الربانيون جانب الجمود بحجة أن ما ورد في التوراة والتلمود يحيط بكافة المسائل وجميع الأحكام الجزئية. وبعكسهم أعطى القرأؤون لانفسهم حق الاجتهاد، واستنباط الأحكام من قواعد التوراة الكلية حسب الأزمنة والأمكنة.

وترتب على هذا الخلاف أيضاً اختلافهم في مسائل فقهية كثيرة منها مسألة الطلاق، لذا من الضروري افراد بيان أحكام الطلاق عند كل مذهب في فصل خاص<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر ادوارد وسترمارك قصة الزواج المرجع السابق ص ٣٠٧.

(٢) راجع قصة الزواج المرجع السابق ص ٣٠٧.

القرأؤون والربانيون ص ٤٢ وما بعدها. الموسوعة العربية الميسرة ص ١٣٧٤.

شعار الخضر مراد فرح ص ١ وما بعدها. الاحوال الشخصية الدكتور احمد سلامة ص ٧٥ وما بعدها.

(٣) جمع التلمود ٢٨٠ م - ٥٠٠ م. راجع قصة الحضارة ١٤/١١ وما بعدها.

(٤) وجه التسمية بالقرائين لانهم يقتصرّون على القراء (التوراة). والربانيون أو الربانيون أو الربيون

أو رويانيم بالعبرية جمع ريان أي الأمام الفقيه. وورد في القرآن الكريم: (انا أنزلنا التوراة فيها

هُدًى وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا وَالرَّبَّانِيُّونَ وَالْأَحْبَابُ) (المائدة: ٤٤). وفي

تفسير القرطبي (١٨٩/٦): (الربانيون هم الذين يسوسون الناس بالعلم ويربونهم بصفاره قبل

كباره). وقال أبو رزين: الربانيون: العلماء والحكماء والأخبار.



## **الفصل الأول**

### **الطلاق في مذهب القرائين**

### **شروطه وأسبابه الإلزامية**

ويوزع عنوان هذا الفصل على مبحثين:

الأول : شروط الطلاق

والثاني : أسباب الطلاق الإلزامية .

## المبحث الأول

### شروط الطلاق

لا يصح الطلاق عندهم الا بتوافر شروط أربعة:

#### الشرط الأول: الصيغة<sup>(١)</sup>:

يعتبر في صيغة التعبير عن الطلاق أن تكون باتة مطلقة مفرغة في وثيقة مكتوبة بالعبرية لفظاً ورسماً خاصة بزوجة واحدة وافية بالفرض خالية من الإبهام والالتباس، مقترنة بكتابة الوثيقة أمام من لا يقل عن شاهدين من أهل الملة. ولا تكون كتابتها في الأيام التي لا يجوز فيها العمل كأيام السبت والأعياد الدينية ويوم الجمعة، ولا في الليل الا لضرورة.

#### الشرط الثاني: المسوغ<sup>(٢)</sup>:

لا يصح الطلاق عندهم الا لمسوغ تقره السلطة الدينية عملاً بما جاء في التوراة (إذا أخذ رجل امرأة فإن لم تجد نعمة - حظوة - في عينيه لانه وجد فيها عيباً كتب لها كتاب الطلاق ودفعه الى يدها واطلقها في بيته).  
فهذا النص يدل على أن مسوغ الطلاق هو عدم الحظوة بشرط وجود العيب عند القرائين.

#### العيوب:

- ١- منها ما كان في النفس وماساً بالدين وهو:
- أ - أمّا قاصر على الزوجة كابتذالها في الأيام المقدسة أو أكلها المحرام أو النجس.

(١) يراجع المقارنات والمقابلات حافظ صبري ص ٤٠٩، شعار الخضر المرجع السابق ص ١٣٢. وما بعدها.

(٢) يراجع سفر التثنية الاصحاح (٢٤) العدد (١). شعار الخضر ص ١٢٦ وما بعدها. المقارنات والمقابلات المرجع السابق ص ٤٠٦ وما بعدها.

ب - أو يتعدى الى غيرها كاخفائها حيضها على زوجها أو اطعامها الفير الحرام والنجس.

٢- ومنها ما كان في الخلق أو الخلق وهو:

أ - أمّا في المنظر: هيّن يتحمل كالمجدي أو غير هيّن كالعمى والصمم والخرس وكل عاهة لا يرجى شفاؤها ولا يطاق تحملها.

ب - أو سوء المعاملة: لكثرة النزاع وشدة المعاندة والوقاحة.

ج - أو اتیان ما یس الشرف كالابتذال في الطرق والأسواق دون رضا زوجها<sup>(١)</sup>.

### مسوغات الطلاق من هذه العيوب:

يرى القراءون أن مسوغ الطلاق من العيوب السابقة ما كان غير هيّن ولا يمكن تحملها. ولكن لاختلاف الطبائع ووجود الظروف والملابسات لم يحدوا معياراً دقيقاً يميز المسوغ من غيره، لذا خولوا السلطة الشرعية بالرقابة القضائية على المسوغات مع مراعات العرف السائد، الزمان، المكان، وحالة الزوجين الاجتماعية، فالمسوغ للطلاق ما تقره هذه السلطة الدينية لا ما يدّعيه أحد الزوجين.

وهذه السلطة كما تسمح للزوج أن يطلق زوجته بسبب مسوغ، كزناها أو قيامها بما يدعو الى الريبة أو استهانتها بالشرع وغير ذلك من الأسباب المذكورة، كذلك تعطى حق الطلاق للزوجة عند ثبوت مسوغ لذلك<sup>(٢)</sup>.

وما ورد في كتاب المقارنات والمقابلات<sup>(٣)</sup> (من أنه ليس للمرأة أن تطلب الطلاق مهما كانت عيوب زوجها حتى لو ثبت عليه الزنا). يحمل على ما جاء في مذهب الريانيين من عدم جواز التفريق القضائي كما سيأتي في محله.

### الشرط الثالث: تدخل المحكمة:

يترتب هذا الشرط على الشرط الثاني لان القاضي خول بالسلطة التقديرية لاقرار المسوغ أو عدمه، وحيث لا يشترط وجود المسوغ لا داعي لتدخل المحكمة كما في حالة الطلاق

(١) القراءون والريانون المرجع السابق ص ١٣٢. وما بعدها. المقارنات والمقابلات المرجع السابق ص ٤٠٧.

(٢) يراجع شعار الخضر المرجع السابق: ص ١٢٠-١٢٨.

(٣) يراجع المقارنات والمقابلات ص ٤٠٨ نقلاً عن بيتر ميطلب على فتاوى مرشباء فصل ٤٠٦.

باتفاق ورضا الطرفين.

جاء في المقارنات والمقابلات<sup>(١)</sup> (بعد توقيع الشهود على ورقة الطلاق تعرض على (الراب) ليتحقق من كونها موافقة للأصول الشرعية أو لا).

وجاء في شعار الخضر<sup>(٢)</sup>: (لا طلاق الا على الشرع بما يكون هناك من المسوغات اللهم الا اذا كان هناك تراض بين الطرفين).

يقول الدكتور أحمد سلامة<sup>(٣)</sup>: (اتجه قضاؤنا (أي القضاء المصري) واتجاهه صحيح فيما نعتقد الى أن الطلاق الذي يوقع بغير موافقة القضاء يعتبر كأنه لم يقع وتظل الزوجية قائمة رغم ذلك).

والواقع أن القاضي يتدخل ليراقب توافر المسوغ أو عدمه فاذا قيل بصحة الطلاق بلا سبب فلا موجب لهذا التدخل.

### الشرط الرابع: تسليم الوثيقة<sup>(٤)</sup>:

علم الزوجة بالطلاق - لا قبولها - شرط أساس لوقوعه ويفترض علمها في تسليم الوثيقة منها أو من وكيلها، فالعبرة بالتسلم، ويرتّب على ذلك الأمور التالية:

١- لو ألقيها فيها فصادفت ناراً فاحتقرت أو ماءً فانمحت أو أرسلها بيد رسول أو بالبريد فتلفت فلا طلاق، غير أن التلف بين الزوجة ووكيلها لا يؤثر على صحة الطلاق.

٢- له حق الرجوع والاشهاد عليه قبل استلامها.

٣- معرفة المستلم في منتهى الأهمية، والعبرة في ذلك باعتقاد الزوج دون الواقع: فاذا كان وكيلًا واعتقده رسولا يجوز له العدول عن طلاقه قبل وصول الوثيقة الى الزوجة، وليس له ذلك في عكسه.

ويقع الطلاق عند القرائين اذا توافرت هذه الشروط الأربعة والا تظل الزوجة مرتبطة بزواجها القائم.

(١) المرجع السابق ص ٤١٠.

(٢) المرجع السابق ص ١٢٧ وما بعدها. كتاب ابن شمعون المادتان (٣٣٦، ٣٣٧).

(٣) يراجع الأحوال الشخصية للمواطنين غير المسلمين والأجانب في مصر للدكتور أحمد سلامة ص ٨٦٤.

(٤) يراجع المادة (٣٢٥) كتاب ابن شمعون. المقارنات والمقابلات المرجع السابق. الأحوال الشخصية المرجع السابق ص ٨٦٥. شعار الخضر المرجع السابق ص ١٢٧ وما بعدها.

## المبحث الثاني

### أسباب الطلاق الإلزامية

ويمكن ارجاع الأسباب الإلزامية للطلاق الى حالتين:  
الحالة الأولى:

ان يكون هناك ما يقدر القاضي خطورته على الحياة الزوجية، كاحدى الأسباب التالية<sup>(١)</sup>:

١- التزوج عليها غدرًا دون باعث شرعي لما ورد في التوراة<sup>(٢)</sup> (فاحذروا لروحكم ولا يغدر أحد بامرأة شابة).

٢- تقصيره في الحقوق الزوجية أو تعسفه في معاملتها.

٣- المرض المزمن بحيث يقطع الأمل في شفائه منه.

٤- عنته أو المرض الذي يمنعه من معاشرتها مدة لا تقل عن ستة أشهر.

٥- الريح الكريهة كبخر الفم أو الانف أو غير ذلك مما لا يطاق تحمله.

الحالة الثانية:

قيام ما يؤدي الى بطلان الزواج غير أنهم آثروا لزوم التطليق من المحكمة على الحكم ببطلان الزواج كما في الصور التالية:

١- اذا تزوج بزوجة محرمة عليه.

٢- اذا كان الزوج مجبوباً.

٣- اذا كان زواج الرجل من مطلقة بعد عقد الغير عليها. لان المطلقة اذا تزوجت بزواج

ثان تحرم على الزوج الأول تحريماً مؤبداً دخل بها الزوج الثاني أم لا، وعند الريانيين لا تحرم الا بالدخول<sup>(٣)</sup>

(١) يراجع شعار الخضر المرجع السابق ص ١١٩ وما بعدها.

(٢) يراجع سفر التثنية الاصحاح (٢) العدد (١٥).

(٣) جاء في سفر التثنية الاصحاح (٢٤) العدد (٢-٣): (ومن خرجت في بيته ذهبته وصارت لرجل آخر فان ابغضها الرجل الاخير وكتب لها كتاب طلاق ودفعه الى يدها، واطلقها في بيته، واذا

## التفريق القضائي:

إذا تحقق سبب من الأسباب المذكورة وكلفت المحكمة الزوج بالطلاق بطلب من الزوجة وأبى فهل يحق للمحكمة أن تحمل غله وتطلقها؟  
يعتبر هذا الأمر من الأمور المختلف فيها بين المذهبين، فالربانيون كما سيأتي في غله لا يعرفون التطليق إلا من الزوج نفسه وهذا يتفق مع ما تبناه بعض فقهاء المسلمين من أن الطلاق لمن أخذ بالساق.

والقراون كما ذكرنا سابقاً أباحوا لانفسهم الاجتهاد، والأخذ بمبادئ العدالة والانصاف ورفع الأضرار، وبناءً على هذا الاتجاه قالوا: يكلف الرجل بالطلاق شرعاً عند قيام سبب مسوغ وبطلب من الزوجة. فإذا امتنع يمهل مدة وينذر فإذا أصر قام الشرع مقامه في التطليق أنصافاً للمرأة، ورفعاً للضرر عنها. إلا أنه لا يوجد لهذا دليل في العهد القديم حيث لم يرد فيه أي ذكر لامكان فصم عرى الزواج إذا أرادت الزوجة ذلك. ولم يذكر التشريع اليهودي قط لها حقاً في الطلاق، ولكن كتاب التعاليم التقليدية عند اليهود سمح لها أن تطلب الطلاق<sup>(١)</sup>.

## يحرم الزوج من حق التطليق في حالتين<sup>(٢)</sup>:

### الحالة الأولى:

إذا اغتصبها قبل الزواج فأجبر على الزواج منها واشترطت حرمانه من الطلاق، فيسري مفعول هذا الشرط مدى الحياة إلا إذا زنت.

### الحالة الثانية:

إذا اتهمها بالدعارة قبل الخطوبة، وادعى يوم الدخول بها أنها كانت ثيباً وثبت كذبه.

مات الرجل الأخير الذي اتخذ له زوجة لا يقدر زوجها الأول الذي طلقها أن يعود ليأخذها لتصير له زوجة بعد أن تنجست.

<sup>(١)</sup> يراجع قصة الزواج وسترمارك ص ٣٠٦. شعار الخضر ص ١٢٩. المادة (٤١٤) من كتاب ابن شمعون.

<sup>(٢)</sup> يراجع قصة الزواج المصدر السابق ص ٣٠٦ وما بعدها.

## الفصل الثاني

### الطلاق في مذهب الريانيين

#### شروطه. أسبابه الإلزامية. أثره على حقوق الزوجة

عند الريانيين حق الزوج في الطلاق يكاد أن يكون مطلقاً ويتمتع بإرادة حرة فله أن يطلق متى شاء دون خضوع لأي سبب من الأسباب المسوّغة، أو لرقابة قضائية.

وقد بنى هذا المذهب رأيه أيضاً على نفس العبارة الواردة في التوراة: (إذا أخذ رجل امرأة ، وتزوج بها فان لم تجد نعمة (حظوة) في عينيه بان وجد بها عيباً كتب لها كتاب طلاق ودفعه الى يدها وأطلقها من بيته) حيث فسر هؤلاء الريانيون النص على خلاف ما فسره القراؤون فأولّوا النظم هكذا: (فان لم تجد نعمة في عينيه أو وجد بها عيباً)

على أساس أن الكلمة المترجمة الى (بان) تعني معنى (أو) في اللغة العبرية وقالوا:

مناط الطلاق أحد أمرين: أما عدم نوال المرأة حظوة في عيني الرجل، وأما أن يجد الرجل بها عيباً، فعدم الحظوة وحده كاف للتطليق ولو كان مبعثه رغبة الرجل في غيرها أجمل منها. ونفرد دراسة كل من الشروط، والأسباب، وتأثير الطلاق على حقوق الزوجة بمبحث خاص.

## المبحث الأول

### شروط الطلاق

عند الربانيين يشترط لصحة الطلاق شروط ثلاثة:

#### الشرط الأول: الصيغة:

يعتبر في الصيغة أن تكون صادرة من زوج كامل الادراك، ولا يؤثر الخرس أن لم يكن طارئاً، ولا المرض أن لم يكن خلا بقواه العقلية. فلا يصح الطلاق من غير زوج ولا من زوج صغير أو مجنون أو معتوه أو سكران أو أخرس اذا كان خرسه طارئاً. ونرى أن هذا مخالف لصريح نص التوراة الذي لا يمنع الطلاق من الأخرس وغيره حيث أباح للرجل مطلقاً الطلاق عند عدم وجود الحظوة، كما يعتبر سلباً لحق طبيعي من يتمكن من التعبير عنه بالإشارة<sup>(١)</sup>.

#### الشرط الثاني: الوثيقة:

يشترط لصحة الطلاق أن يسجل في وثيقة تكون اثني عشر سطرًا - لا أكثر ولا أقل<sup>(٢)</sup> - بحضور شاهدين من أهل الملة.

وهذا التحديد مأخوذ من لفظ (جط) أي الوثيقة بالعبرية فالجيم ثلاثة والطاء تسعة وفق الحساب الأبجدي.

وقالوا: أن حكمة ذلك التحديد هو تصعيب أمر الطلاق وتضييق نطاق دائرته<sup>(٣)</sup>. ويجب تسليمها الى المرأة قائلاً لها: (استلمي وثيقة طلاقك فانت طالق وصرت حلاً لغيري). ولا يصح طلاق المجنونة وغيرها من لا تتمتع بأهلية كاملة لعدم أهليتها لاستلام هذه الوثيقة، وله الحق في أن يتزوج على المجنونة أن لم يؤثر الزواج الجديد على مؤنتها وعلاجها ويتفق هذا مع شريعة حمورابي<sup>(٤)</sup>.

(١) يراجع المواد (٣٢١، ٣٤٠، ٣٤١، ٣٤٢، ٣٤٣)، من كتاب ابن شمعون.

(٢) يراجع المقارنات المقابلات المرجع السابق ص ٤٠٩.

(٣) نرى أن هذا التعليل يتنافى مع قولهم باباحة الطلاق ولو لأتفه الأسباب.



ولا يجوز كتابة الوثيقة في الأيام التي لا يجوز فيها العمل، ولا في الليل الا لضرورة، ولا يشترط رضا المرأة بالطلاق ولا قبولها له، بل يكفي علمها به.

### الشرط الثالث: السلطة الشرعية:

لا يصح الطلاق شرعا عندهم الا أمام سلطة دينية، ولكن مهمة هذه السلطة لا تتجاوز تسجيل الطلاق في الوثيقة، فليس لها حق الرقابة القضائية على بواعث الطلاق كما كان لها ذلك عند القرائين، حيث لا داعي لها اذا لم يشترط وجود المسوغ للطلاق. أي أن دورها لا يعدو أن يكون دور موثق يتم أمام الاشهاد على الطلاق، ما دامت تعاليم الريانيين لا تشترط وجود المسوغ الذي يشترطه القراؤون.

---

(١) ينظر المادة (١٤٨) من قانون حمورابي.

## المبحث الثاني

### أسباب الطلاق الإلزامية

لم يتقيد الرعايون بمسوغات الطلاق الا أنهم يعتبرون الطلاق واجباً شرعياً على الزوج في الحالات التالية:

- ١- ظهور دم الحيض: اذا تكرر دم الحيض ثلاث مرات متواليات عقب مجامعة زوجها لها، وثبت أنه ليس دم البكارة وجب تطليقها وان تم أول الاختلاء بها ظهور دم<sup>(١)</sup>.
- ٢- عقم الزوجة: اذا مضى على الزواج عشر سنوات أن تزوجها بكرة أو خساً أن كانت ثيباً دون أن تنسل وجب تطليقها<sup>(٢)</sup>.
- ٣- كره الزوجة أو الزوج: اذا منعت نفسها عن زوجها ينذرهما الشرع بضياع حقوقها أربع مرات متواليات، كل اسبوع مرة فاذا أصرت تمهل سنة بلا نفقة فان لم يثمر هذا يجب طلاقها، وكذا يجب على الزوج أن يطلقها اذا منع نفسه عنها بلا موجب<sup>(٣)</sup>.
- ٤- اذا اختلى بها قبل الزواج: تحرم المختلية على من اختلى بها فاذا عقد عليها كلف شرعاً بطلاقها<sup>(٤)</sup>.
- ٥- زنا الزوجة: اذا ثبت شرعاً زناها برضاها حرمت على زوجها ووجب عليه طلاقها بلا حقوق الا اذا كان الزنا بقصد التخلص من زوجها فانه لا تأثير له، كما لا تأثير للزنا اغتصاباً الا على الكاهن فتحرم عليه ويجب تطليقها مع بقاء حقوقها. وكانزنا في الحكم اختلاؤها برجل، ومكثها معه بعد أنذار زوجها لها بحضور شاهدين<sup>(٥)</sup>.
- ٦- الانتقال: للسلطة الشرعية منع الرجل عن السفر حتى يطلق زوجته اذا كانت الجهة المراد الانتقال اليها غير موافقة للزوجة الا اذا كان سببه تعسر المعيشة<sup>(٦)</sup>.

(١) يراجع المواد (١٥٥، ١٥٦، ١٥٧) من كتاب ابن شمعون.

(٢) يراجع المادتين (١٦٤، ١٦٥) المرجع السابق.

(٣) يراجع المادتين (١٧٠، ٢١٤) المرجع السابق.

(٤) يراجع المادة (١٩٠) المرجع السابق.

(٥) يراجع المواد (١٨٠، ١٨٢، ١٨٤، ١٨٥، ١٨٦، ١٨٨) المرجع السابق.

(٦) يراجع المادتين: (١٩٢-١٩٥) كتاب ابن شمعون.

- ٧- مرض الزوج: اذا طرأ على الرجل بعد الزواج مرض معد وجب عليه تطبيق زوجته واذا كان المرض صراعاً يجب الطلاق سواء كان المصاب به زوجاً أو زوجة<sup>(١)</sup>.
- ٨- عقم الزوج: اذا كان عقم الزوج عققاً وجب عليه الطلاق وللزوجة حقوقها<sup>(٢)</sup>.
- ٩- عوز الرجل: اذا أعوز الرجل بحيث لم يقدر على تحصيل قوته الضروري وجب عليه التطلاق وبقيت حقوق زوجته ديناً في ذمته<sup>(٣)</sup>.
- ١٠- اعتداء الزوج على الزوجة: اذا اعتاد الرجل ضرب زوجته وبخه الشرع وحلفه أن لا يعود، فاذا حنث وعاد وجب عليه الطلاق ودفع الحقوق الا اذا كان الضرب لباهت شرعي<sup>(٤)</sup>.
- ١١- المطلقة للزنا: اذا كان هو المسبب في طلاقها من غير بزنا معها وجب عليه طلاقها أن تزوجها ولو كان له اولاد منها<sup>(٥)</sup>.
- ١٢- الزوجة المحرمة: اذا كانت الزوجة محرمة عليه لمانع من موانع الزواج وجب عليه طلاقها<sup>(٦)</sup>.

## هل للقضاء سلطة التفريق؟

اذا امتنع الزوج من الطلاق على الرغم من وجوبه عليه لسبب من الأسباب الالزامية السابقة، فهل يقوم القاضي مقامه في التطلاق كما كان الأمر كذلك في مذهب القرانين؟ الجواب: كلا.

للمادة (٣٢١) من كتاب ابن شمعون: (لا يرفع قيد الزواج الا بالطلاق). والمادة (٣٢٤): (ان الطلاق في يد الرجل). والمادة (٣٣٧): (كل طلاق من سلطة أجنبية (أي غير الزوج) لا يعتبر شرعاً). والمادة (٤٣٨): (يكلف الرجل المتزوج بمحرمة أن يطلقها فاذا توقف جاز للشرع عزله وحرمانه من الشعائر والحقوق المالية حتى يطلق).

(١) يراجع المادتين (٢٠٤-٢٠٥) المرجع السابق. شعار الخضر المرجع السابق ص ١٢٨.

(٢) يراجع المادة (٢١٣) المرجع السابق.

(٣) يراجع المادة (٢١٥) المرجع السابق.

(٤) يراجع المادتين (٢٧١، ٢٨١) المرجع السابق.

(٥) يراجع المادة (٣٤٧) المرجع السابق.

(٦) يراجع المادة (٣٤٨) المرجع السابق.

فيؤخذ من هذه النصوص كلها: أن الطلاق لا بد أن يصدر من الرجل نفسه سواء كان هو يريد إنهاء رابطة الزوجية، أو تبغيها الزوجة، أو يقتضيها النظام العام. فإذا أبى الزوج الطلاق فلا سلطة تمل عليه في التطليق، استناداً إلى ما ورد في التوراة من أن الرجل (يكتب لها وثيقة الطلاق ويسلمها ليدها). فقالوا: هذا النص ظاهر في أن الطلاق يجب أن يصدر من الزوج نفسه فكل قول بان القاضي يستطيع أن يطلق عن الزوج بعيد وغير مستند إلى دليل شرعي.

### يحرم الزوج من حق التطليق في الحالات الآتية:

- ١- الجنون: إذا أصيبت الزوجة بجنون بعد الزواج يحرم عليه تطليقها. ويجب الاعتناء بها من ناحيتي الانفاق والعلاج، لكن له أن يتزوج عليها إذا لم يضر ذلك بها<sup>(١)</sup>.
- ٢- أسر الزوجة: إذا أسرت الزوجة يجب على الزوج بذل ما في وسعه لاطلاق سراحها من ملكه الخاص، ويحرم عليه تطليقها قبل فك أسرها<sup>(٢)</sup>.
- ٣- هتك البكارة: إذا هتك حرمة بكارة امرأة وأجبر على زواجها، لها أن تشترط عليه حرمانه من تطليقها، ويبقى مفعول هذا الشرط سارياً مدى الحياة إلا إذا زنت الزوجة<sup>(٣)</sup>.

(١) يراجع المادتين (٣٣٢، ٣٣٣) من كتاب ابن شمعون.

(٢) يراجع المادة (١٣٣) المرجع السابق.

(٣) يراجع المادتين (٤١١، ٤١٤) المرجع السابق.

قصة الزواج ص ٣٠٦ وما بعدها.

## المبحث الثالث

### أثر الطلاق على حقوق الزوجة

أ - تهرم الزوجة من كل حقوقها أو بعضها اذا طُلت لسبب من الأسباب الآتية<sup>(١)</sup>:

- ١- ثبوت تصرف الزوجة في بكارتها بطريقة غير مشروعة.
- ٢- عدم لياقة المرأة للرجال.
- ٣- عيب الزوجة اذا لم يعلم به الزوج قبل العقد.
- ٤- منع الزوجة نفسها عن زوجها لكرهاتها له.
- ٥- كره الزوجة لزوجها مع رفضها الانفصال.
- ٦- محادثة الزوجة مع شخص منعها زوجها من الاتصال به وحلفها يميناً على ذلك.
- ٧- رفض الزوجة الإقامة مع زوجها في الجهة التي يقيم بها.
- ٨- اصرار الزوجة على الاستقلال في المسكن عن أهل زوجها دون أن يضطهدوها.
- ٩- زنا الزوجة أو مخالفتها للمشرع والآداب.
- ١٠- نشوز الزوجة عقب إصابة زوجها بعيب أو عاهة بعد الزواج.
- ١١- تكرار شتم الزوجة لزوجها بعد أنذارها بسقوط حقوقها.
- ١٢- اذا كان الزوج عانراً لكن ينظر هنا الى الميسرة.

ب - للزوجة حقوقها اذا طُلت للأسباب التالية<sup>(٢)</sup>:

- ١- ظهور عدم بكاره الزوجة ولم يثبت تصرفها بها بطريقة غير مشروعة.
- ٢- ظهور دم الحيض كما سبق.
- ٣- ظهور عيب غير خفي أو معلوم للزوج قبل الزواج.
- ٤- عقم الزوجة.
- ٥- اجهاض المرأة ثلاث مرات متواليات.

(١) يراجع المواد (١٥٣، ١٥٥، ١٥٩، ١٦٨، ١٦٩، ١٧٣، ١٧٧، ١٨٠، ١٩١، ٢٠٣) المرجع السابق.  
 (٢) يراجع المواد (١٥٢، ١٥٦، ١٦١، ١٦٤، ١٦٧، ١٧٢، ٢٠٥، ١٨٤، ٢٠٩، ٢١٤، ٢١٧)، المرجع السابق.

- ٦- كره الزوجة شريطة أن ترغب في الصلح قبل الحكم بالطلاق ويأبى الزوج ذلك.
- ٧- زنا الزوجة اغتصاباً.
- ٨- إصابة أحد الزوجين بالصرع.
- ٩- رائحة الزوجة الكريهة.
- ١٠- منع الرجل نفسه عن زوجته.
- ١١- اعتياد الرجل الاعتداء على زوجته.
- ١٢- إذا مات الزوج بلا عقب (نسل) ورفضت الزوجة الزواج بأخيه بسبب عيب فيه.

## المقارنة بين المذهبين

يتفق المذهبان في كثير من أحكام الطلاق كما يتضح مما سبق من بيان وأسباب وآثار الطلاق لدى كليهما. ولكن يختلفان في بعض الأمور أهمها:

### ١- مسوغ الطلاق:

لا يشترط وجود المسوغ للطلاق عند الريانيين خلافاً للقرائين، ويعود ذلك إلى اختلافهم في تفسير النص الوارد في التوراة كما سبق.

### ٢- الرقابة القضائية:

لا توجد الرقابة على بواعث الطلاق عند الريانيين لعدم اعتبارهم وجود البواعث في صحة الطلاق، بل تقتصر مهمة السلطة الشرعية عندهم على التوثيق، كما ذكرنا، بينما تجب هذه الرقابة لدى القرائين.

### ٣- التفريق القضائي:

عند الريانيين لا يجوز أن تحمل سلطة القضاء محل الزوج في تطليق زوجته إذا قام سبب مسوغ لذلك. في حين أنه يجوز ذلك لدى القرائين، ومنشأ خلافهم هو تقييد الريانيين بظاهر ما ورد في التوراة من نسبة كتابة وثيقة الطلاق إلى الزوج نفسه وعدم تمسك القرائين بذلك.

### ٤- الوثيقة:

يتفق المذهبان على أن الوثيقة شرط أساس لصحة الطلاق، لكن يختلفان في كيفية تنظيمها، فيرى الريانيون تحديدها باثني عشر سطرًا، بينما لا يعبر القرائون أهمية

لذلك.

#### ٥- الصيغة:

يعتبر في الصيغة عند القرائين أن تكون باتة وغير معلقة على شرط ولا مضافة إلى أجل، بينما كل ذلك ليس بشرط عند الريانيين.

#### ٦- طلاق المجنونة:

لا يجوز طلاق المجنونة عند الريانيين قبل شفائها خلافاً للقرائين.

### ملاحظاتنا على نظام الطلاق اليهودي:

نستنتج مما تقدم من أحكام الطلاق لدى اليهود بعض ملاحظات منها:

١- أن كثيراً من تلك الأحكام ليس لها مصدر أو مستند في العهد القديم، بل هي أمّا مأخوذة من الشريعة الإسلامية كالتفريق بالعلل، أو من قوانين حمورابي كعدم جواز تطليق المجنونة قبل شفائها<sup>(١)</sup>، أو من القوانين الرومانية كالتطليق بالزنا.

٢- توجد ظاهرة التعسف بحق الزوجين أو أحدهما في كثير من تلك الأحكام ومن صورته:

أ- سلب الاختيار عن إرادة الزوجين في الطلاق في بعض المجالات، وقد ذكرنا اثنتي عشرة حالة من مذهب الريانيين يجب فيها الطلاق وجوباً إلزامياً. في حين أن الشريعة الإسلامية تعطي حرية الاختيار للسليم فله طلب التفريق من القضاء وله الصبر على صاحبه ومشاطرته في السراء والضراء مع الأجر والثواب عند الله عملاً بالروح الانسانية الطيبة.

ب- اعطاء حق الطلاق للزوج اذا زنت الزوجة أو ساء سلوكها، وحرمان الزوجة من هذا الحق اذا تلبس زوجها بنفس السبب.

ج- التوسع في أسباب وجود الطلاق بحيث أدى ذلك الى أن تصبح المرأة المسكينة ضحية لكثير منها دون أن يكون لها حول أو قوة في حدوثها مثل عقمها أو تكرر دم حيضها.

د- تدخل المحكمة في شؤون العائلة وتمكينها من الاطلاع على أسرار الأسرة بمنحها حق الرقابة القضائية على بواعث التطليق.

(١) يراجع المادة (١٤٨) من قوانين حمورابي.

٣- يوجد تعارض واضح بين أحكام الطلاق عندهم كاعتبار الجنون السابق على الزواج سبباً لبطلانه مع عدم كونه سبباً لطلب التفريق عند الربانيين إذا طرأ بعد الزواج. في حين أن الشريعة الإسلامية تعتبر العقد صحيحاً إذا كان أحد الزوجين مجنوناً وحل محله في العقد وليه أو القاضي. ويعلل ذلك بأنه قد يكون في زواجه علاج له، فلا يجوز حرمانه منه، ثم يعطي الزوج السليم حق طلب التفريق إذا شاء وانقطع أمل شفاء المجنون.

٤- أخطأ مركز المرأة المطلقة في نظر التعاليم اليهودية مهما كان سبب الطلاق، واعتبار الزواج منها عملاً مذموماً الأمر الذي قد يؤدي إلى تخطيط مستقبلها في الحياة الزوجية. وقد ورد في سفر الأحبار الأصحاح (٢١) العدد (٧) (بامرأة فاجرة أو مبذولة لا يتزوجوا. وبامرأة مطلقة لا يتزوجوا). وجاء في نفس الأصحاح أيضاً العدد (١٤) (وأما الأرملة والمطلقة أو المبذولة أو الفاجرة فتلك لا يتخذها). وهذا يعني وضع المطلقة في مصاف الفاجرة والمبذولة<sup>(١)</sup>.

وبالإضافة إلى ذلك فإن هذه الشريعة قد قطعت طريقة رجوع الزوجة المطلقة إلى زوجها السابق حيث جاء في سفر التثنية الأصحاح (٢٤) العدد (٢-٣): (ومتى خرجت في بيته ذهب وصارت لرجل آخر، فإن أبغضها الرجل الأخير وكتب لها كتاب طلاق ودفعه إلى يدها، وأطلقها في بيته، وإذا مات الرجل الأخير الذي اتخذها له زوجة لا يقدر زوجها الأول الذي طلقها أن يعود ليأخذها لتصير له زوجة بعد أن تنجست). وجاء في المقارنات والمقابلات: (ويحرم على الرجل مراجعة من فارقها بسبب العقم أن لم تتزوج بآخر)<sup>(٢)</sup>.

ولا نظير لهذا التعسف في الشرع الإسلامي.

٥- اعتبر الطلاق في بعض الحالات كعقوبة على ما يتلبس به أحد الزوجين في حين أن الطلاق شرع ليكون الوسيلة الأخيرة لحل مشاكل الحياة الزوجية.

٦- ومن المستغرب أن الفقه اليهودي يعتبر موانع صحة الزواج أسباباً الزامية للتطبيق كما سبق في الفقرتين (١١، ١٢) في حين أنها أسباب للبطلان.

(١) يراجع شعار الخضر ص ١٠٢.

(٢) المقارنات والمقابلات ص ٤١١.





## الباب الثالث

# الطلاق في التعاليم المسيحية

ويتضمن:

الفصل الأول: الطلاق عند الكاثوليك

الفصل الثاني: الطلاق عند الأرثوذكس

الفصل الثالث: الطلاق عند البروتستانت





نشأت المسيحية ملة واحدة ثم دبّ الانقسام فيها<sup>(١)</sup> فانقسمت الى الكاثوليك<sup>(٢)</sup> البروتستانت<sup>(٣)</sup>. الأرثوذكس<sup>(٤)</sup>.

## المبادئ العامة المشتركة بين هذه المذاهب في الزواج:

- ١- الزواج علاقة فردية لا تقوم الا بين رجل واحد وامرأة واحدة.
- ٢- الزواج سر مقدس يعتقد بالصلاة، ويتدخل رجل الدين الذي يعبر عن الارادة الالهية، والقول باباحة الطلاق بمرادة الزوجين أو أحدهما معناه تغليب هذه الارادة على الارادة الالهية. فكما أن الزواج لا يعتقد الا بتدخل السلطة الدينية، فكذلك لا ينحل الا بها، لان من ملك الربط ملك الحل.
- ٣- أن معنى اباحة انحلال الزواج بالمشيئة الواحدة هو أن يكون شخص واحد خصماً وحكماً في وقت واحد وهذا لا يجوز.

(١) الكاثوليك تتبع الرئاسة في روما. والأرثوذكسية طوائف مستقلة بعضها عن بعض والبروتستانت لهم في كل قطر رئاسة مستقلة. وإلى القرن الخامس كانت الكنائس المسيحية متحدة لا خلاف فيما بينها، وقد اصدر احد المجاميع الدينية ٤٥١م قراراً يتعلق بطبيعة السيد المسيح عليه السلام من أنه ذو طبيعتين طبيعة بشرية وطبيعة الهية. فأعلنت الكنيسة المصرية عدم موافقتها على ذلك، وقالت أن للمسيح طبيعة واحدة وهي الطبيعة الالهية. ثم حدث خلاف حول الرئاسة الكنسية في العالم فطالب اسقف القسطنطينية أن يكون هو الرئيس الأعلى للمسيحيين، وقام البابا في روما معارضا ذلك، وكان من نتيجة ذلك أن تم الانفصال بين الكنيستين عام ١٠٥٤م، وغلب على الكنيسة الغربية اسم الكاثوليكية أي الجامعة وعلى الكنيسة الشرقية اسم الأرثوذكسية أي صاحب الرأي المستقيم. وفي القرن السادس عشر أنتشر المذهب البروتستانتي.

(٢) ويشمل سبع طوائف: الاقباط من اصل مصري. والروم من اصل أوروبي، والأرمن من اصل أرمني. والسريان من اصل سوري. والموارنة من اصل لبناني. والكلدان من اصل عراقي. واللاتين من اصل أوروبي، ويخضع الجميع لرئاسة البابا في روما.

(٣) وهم على الرغم من أنقسامهم يعتبرون طائفة واحدة.

(٤) ويضم أربع طوائف: (الاقباط. الروم. الأرمن. السريان)، من نفس الأصل المذكور.

٤- الزواج نظام قانوني وليس عقداً لأن موضوعه الأسرة وهي لا تكون محلاً للتعاقد. والقواعد التي تحكم هذا النظام تعتبر من القواعد الآمرة لا يملك الزوجان الاتفاق على مخالفتها. والقول بجواز الحكم بالتطبيق بالارادة المنفردة أو بمجرد اتفاق الطرفين يصطدم مع المبادئ الأساسية في الشريعة المسيحية.

### سلطان الارادة في الطلاق لدى الشريعة المسيحية:

يؤخذ من المبادئ العامة المذكورة: أن الطلاق باعتباره حقاً مشروعاً خالصاً مطلقاً للزوج يستقل بايقاعه متى شاء ولأي سبب أراد، ويرتب عليه إنهاء رابطة الزوجية - فالطلاق بهذا المعنى - لا تعرفه الشريعة المسيحية بجميع مذاهبها، بل تأخذ بمبدأ الطلاق المقيّد الذي لا يقضي به الا لأسباب مبررة وأمام سلطة دينية مختصة<sup>(١)</sup>.  
غير أن تلك المذاهب اختلفت فيما بينها في جواز الطلاق وفي توسيع وتضييق نطاق دائرته عند من يقول به وكذا في تحديد أسبابه<sup>(٢)</sup>، لذا من الضروري افراد بيان أحكام الطلاق لدى كل مذهب بفصل خاص.

(١) يراجع الدكتور توفيق حسن فرج الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ص ٦١ وما بعدها.

(٢) يراجع محمد محمود نمر، الأحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية من المصريين (في الشريعتين المسيحية والموسوية). ص ٢٨٩. الدكتور احمد سلامة الاحوال الشخصية للمواطنين غير المسلمين والأجانب ص ٧٤٩.

## الفصل الأول الطلاق عند الكاثوليك

الكنيسة الكاثوليكية هي كنيسة روما<sup>(١)</sup> والكنيسة الأصلية التي انفصلت عنها الكنيسة الأرثوذكسية، والبروتستانتية. والمعروف عن المذهب الكاثوليكي هو: أنه لا يُقرّ انحلال الزواج الا بالموت، إلا أنه فرّق بين الزواج الصحيح المقرر المكتمل وبين غير المكتمل كما يلي:

### أولاً - الزواج الصحيح المقرر غير المكتمل:

وهو الزواج الصحيح الذي لم تتم فيه المخالطة الجسدية بين الزوجين على الرغم من انعقاده صحيحاً، فهذا الزواج يجوز حله وانقضاؤه في حالتين:

#### الحالة الأولى - دخول أحد الزوجين حياة الرهبانية:

والمقصود منها التهرب الكبير - دون النذر البسيط - من أحد الطرفين سواء تم ذلك برضاء الطرف الآخر أم لا، وذلك تمشياً مع التعاليم الكنسية التي تقضي بتفضيل حياة البتولية على الزواج. ففي هذه الحالة تنحل الرابطة الزوجية بقوة القانون وبحق للطرف الآخر أن يتزوج من جديد بمجرد دخول الثاني في الرهبانية دون حاجة الى الحكم بانتهاء الزوجية.

(١) الكاثوليكية يعترفون برئاسة البابا وبوحدة الاعتقاد الديني في جميع المبادئ الدينية. والاختلاف الشكلي بينهم لا يترتب عليه اختلافهم في ماهية الطلاق وحكمه.

ويعود سر ذلك الى أن الزوجين في حالة عدم الاختلاط الجسدي (المعاشرة الجنسية) لا يعتبران جسداً واحداً. وبالتالي يحق لأي منهما أن ينصرف كلياً الى الله، وللآخر الزواج الجديد.

### الحالة الثانية - فسخ الزواج لسبب عادل:

يجوز فسخ الزواج اذا توفرت الشروط الثلاثة التالية:

- ١- قيام سبب عادل يبرر الفسخ كطروء عجز جنسي بعد العقد وقبل الدخول.
  - ٢- أن يكون الحاكم بالفسخ الحبر الأعظم (البابا). ولا يملك غيره هذه السلطة.
  - ٣- أن يثبت أمام سلطة الفسخ أن الزواج غير مكتمل (أي لم يحصل فيه دخول أو اتصال بين الزوجين)<sup>(١)</sup>.
- وللبابا السلطة التقديرية في قبول السبب كمبرر للفسخ وفي الحكم به.

### ثانياً . الزواج الصحيح المقرر المكتمل:

في هذا النوع من الزواج لا يعترف الكاثوليك بالانحلال الا بالموت لكنهم يقولون بالتفريق الجثماني.

#### التفريق الجثماني:

لما شعر الكاثوليك بخطورة سلب حق طبيعي عن الانسان وهو الطلاق اضطروا الى الاستعاضة عنه بالتفريق الجثماني الذي هو حالة بين قيام رابطة الزوجية وبين أنتهاؤها، فهما ليسا زوجين بحيث يتمتع كل منهما بالآخر، كما أنهما ليسا منفصلين انفصالا يبيح لهما استئناف الحياة الزوجية مع زوج آخر.

#### التفريق الجثماني يكون بقرار من المجلس وفي الحالات التالية:

- ١- اذا زنا أحدهما دون رضا الآخر، ودون ارتكابه نفس الجريمة.
- ٢- اذا اعتنق أحدهما مذهباً غير كاثوليكي.
- ٣- اذا ربي أحدهما أولاده تربية منافية للعقيدة الكاثوليكية.
- ٤- اذا ساءت الحياة الزوجية بحيث يصعب استمرارها.

<sup>(١)</sup> ينظر توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين المرجع السابق ص ٣٥٢-٣٥٣.

٥- اذا سلك أحدهما سلوكاً إجرامياً ومهدراً للكرامة والاعتبار.

٦- وكل حالة يقرها المجلس كسبب موجب للتفريق الجشمانى<sup>(١)</sup>.

### أدلة الكاثوليك:

استدل الكاثوليك على عدم فصح عرى الزوجية عن طريق الطلاق بأدلة أهمها:

### ١- ما ورد في الاناجيل:

فقد ورد في أنجيل (لوقا)<sup>(٢)</sup>: (كل من يطلق زوجته ويتزوج بأخرى فهو يزني، فكل من يتزوج بمطلقة من زوجها، فهو يزني).

وجاء في أنجيل (مرقص)<sup>(٣)</sup> وتقدم الفريسيون فسألوه: هل يحل للرجل أن يطلق امرأته؟ - ليجربوه - أجاب وقال لهم: بماذا أوصاكم موسى؟ قالوا: أذن موسى أن يكتب كتاب الطلاق وتخلّى. أجاب يسوع وقال لهم: من أجل قساوة قلوبكم كتب لكم هذه الوصية. ولكن من بدء الخليقة خلقهم الله ذكراً وأنثى ولذلك يترك الرجل أباه وأمه ويلصق بامرأته، ويكون كلاهما جسداً واحداً. فالذي زوجته الله لا يفرقه إنسان. ثم في البيت سأله تلاميذه أيضاً عن ذلك فقال لهم: (من طلق امرأته وتزوج بأخرى فقد زنى عليها، وإن طلقت امرأة زوجها وتزوجت من آخر فهي زانية).

وفي أنجيل (متى)<sup>(٤)</sup>: (وقيل من طلق امرأته فليدفع لها كتاب الطلاق. وأمّا أنا فأقول لكم: أن من طلق امرأته من غير علة الزنى فقد جعلها تزني، ومن تزوج بمطلقة زنى).

وجاء فيه أيضاً<sup>(٥)</sup>: (وإن طلق امرأته إلا لسبب الزنى وتزوج بأخرى يزني. ومن تزوج بمطلقة زنى). وجاء في رسالة بولص: (وأمّا المتزوجون فأوصيهم لا أنا، بل الرب، أن لا تفارق المرأة رجلها، وإن فارقت فلتلبث غير متزوجة أو لتصالح رجلها).

(١) ويتبين مما ذكر أن القول بأن: الشريعة المسيحية تأخذ بمبدأ الطلاق المقيد من باب التغليب حيث أن الكاثوليك لا طلاق عندهم لا مطلقاً ولا مقيداً.

(٢) أنجيل (لوقا) الاصحاح (١٦) العدد (١٨).

(٣) أنجيل (مرقص) الاصحاح (١٠) العدد (١٢-٢).

(٤) أنجيل (متى) الاصحاح (٥) العدد (٣١-٣٢).

(٥) أنجيل (متى) الاصحاح (٩١) العدد (٩).

ولا يترك الرجل امرأته<sup>(١)</sup>.

**ثانيا . الزواج سر مقدس من أسرار الكنيسة فلا يجوز انحلاله .**

**ثالثا . تاويل الطلاق في أنجيل (متي) (من طلق الا لعلة الزنى):** بالتفريق الجشائي. قالوا: لو قصد بالطلاق مفهومه المعروف لتعارض مع آية (ومن تزوج مطلقة فقد زنى) وللزم القول باباحة وتحريم الطلاق في وقت واحد. فتفسير الطلاق بالتفريق الجشائي يجمع بين نصوص الاناجيل ويرفع التعارض بين معانيها.

**رابعا . بما جاء في التوراة (سفر التكوين):** حيث يقص أن الله خلق حواء بعد آدم عليه السلام لانه سبحانه وتعالى وجد أنه ليس حسناً أن يكون آدم وحده. ووضع على لسان آدم تعقيبا على صنع الله قوله (هذه الآية عظم من عظمي<sup>(٢)</sup>، ولحم من لحمي. من أجل هذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكونان جسداً واحداً). قالوا: يفهم من هذا النص أن الزواج غير قابل للانحلال الا بالوفاة.

**خامسا . بالقانون الطبيعي:** قالوا: أن قواعده تقضي بان الزواج لا يمكن أن تتحقق الاهداف المتوخاة منه الا اذا كان علاقة دائمية ورباطاً لا ينقسم<sup>(٣)</sup>.

**مناقشة هذه الأدلة:**

١- النصوص الواردة في الاناجيل لبيان حكم الطلاق منها مطلقة ومنها مقيدة بحال الزنى فيحمل المطلق منها على المقيد فيكون الطلاق مبدئياً مباحاً لعلة الزنى. وهذا السبب وان كان خاصاً في منطوقه الا أنه عام في مفهومه فيشمل كل ما يكدر صفوة الحياة الزوجية، أو يشير الشكوك في رباط الزواج ويخل بقدسيته. وذلك لان سيدنا المسيح عليه السلام لم يكن مشرعاً وضعياً يذكر كل حادثة بنص خاص، بل كان رسولاً صورَّ الحياة المثالية للانسان على ألواح القواعد الكلية، مثله في ذلك مثل أخوته من الانبياء والمرسلين. فقد ورد في القرآن الكريم النهي عن أف الوالدين ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفٌ﴾ وأريد به جميع الايذاءات. وحرَّم القرآن الخمر وأراد به كافة المسكرات. وبناء على ذلك يمكننا أن نقول

(١) ينظر توفيق حسن فرج أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين المرجع السابق ص ٣٠٤.

(٢) يقصد بالآية حواء عليها السلام .

(٣) راجع نمر وألفي المصدر السابق ص ٣١١ وما بعدها.

الدكتور إهاب حسن اسماعيل انحلال الزواج في شريعة الاقباط الارثوذكس ص ٨٧ وما بعدها.



١- بان الطلاق مباح في شريعة سيدنا المسيح عليه السلام لكل سبب يغل بقدسية الزواج اخذاً بهذا المفهوم العام للزنى أو قياساً عليه في كل ما يغل برابطة الزوجية وانسجامها.

٢- القول بان الزواج سر مقدس لا يقبل الانقسام صحيح اذا احتفظ الزوجان بقدسيته لان المنع منوط بها ومعلول لها فينتفي بانتفائها ضرورة زوال المعلول بزوال العلة.

٣- تأويل الطلاق بالتفريق الجثماني بعيد عن الواقع لان اللفظ لا يصرف عن حقيقته الا اذا تعذرت. والتعارض بين النصوص يرفع بحمل المطلق على المقيّد لان تأويلهم هذا يمر الزوجين الى هأوية الشقاء والبؤس مدى الحياة. أضف الى ذلك ما يترتب عليه من سوء السلوك والانحراف الجنسي لكل منهما الا من رحم ربه.

وبهذا يصطدم التأويل مع ما نادى به السيد المسيح من عدم ايذاء أي انسان لآخر ومن مكارم الأخلاق.

٤- ولا يصح الاستدلال بما ورد في التوراة لانه لم يلتزم به الموسويون أنفسهم. فكيف يلزم من لا يؤمنون بالتوراة كمصدر لأحكامهم الشرعية؟!.

٥- القانون الطبيعي هو الآخر لا يمنع انفصام عرى الزوجية عند الحاجة، لان هذا القانون وان جاء بمفاهيم عديدة كالفلسفة عند الأغريق والقانون عند الرومان والحسن والقبح الذاتيين عند المعتزلة.. الا أنه بجميع معانيه يدعو الى ما فيه من مصلحة الانسان. فالطلاق مفسدة أن لم يكن لمبرر ومصلحة أن ألحت عليه حاجة ضرورية.



## الفصل الثاني

### الطلاق عند الأرثوذكس

انفصلت الكنيسة الأرثوذكسية المصرية عن كنيسة روما منذ القرن الخامس الميلادي، ثم انفصلت عنها كنيسة القسطنطينية (البيزنطينية) عام ١٠٥٤م بسبب الخلاف على رئاسة العالم المسيحي. ثم تكونت كنائس شرقية أرثوذكسية أخرى مستقلة عن الكنيستين السابقتين. ولكن يجمع الكل تأثرها بالقانون الروماني والفقه الاسلامي في تنظيم أحكام الزواج والطلاق، حيث لم تقتصر هذه الكنائس في اباحة الطلاق على حالة الزنى وهي الحالة الوحيدة التي ورد النص في انجيل (مستي) باجازه الطلاق فيها، بل ساد في الكنائس الشرقية الاتجاه نحو تفسير واسع لهذا السبب الوحيد الوارد في الانجيل بحمله على أن المقصود منه كل ما يكدر صفوة الحياة الزوجية، ولذا أخذ رؤساؤها وفقهاؤها بتبني القواعد الرومانية وتهذيبها واعتبارها من القانون الكنسي<sup>(١)</sup>. كما أخذوا أيضاً كثيراً من بواعث الطلاق من الفقه الاسلامي: كالجنون، والعنة، والخصي، والجلب، والرتق،

(١) استاذنا الدكتور الشرقاوي، الاحوال الشخصية لغير المسلمين الوطنيين والاجانب من ١٣٠،

والقرن، وغيبة أحد الزوجين، والجذام، والبرص، والايلاء،  
والنشوز، والقذف.

يقول اهاب حسن اسماعيل في كتابه (اغلال الزواج) في  
شريعة الاقباط الارثوذكس<sup>(١)</sup>:

(اصدر<sup>(٢)</sup> البطريريك كيرلس بن لقلق أمره الى أحد  
الكهنة وهو ابن العسال بوضع مجموعة كاملة وافية للفقه  
المسيحي القبطي، وألف كتابه المشهور باسم (المجموع  
الصفوي). وقد جمع بين دفتيه القواعد الشرعية  
والقانونية المستمدة من مختلف المصادر. ورجع الى كتب  
الفقه الاسلامي، وبوجه خاص الى كتب أبي اسحاق  
الشيرازي في المذهب الشافعي).

ومع ذلك فان الكنائس المنتمية الى المذهب الارثوذكسي  
ظلت متمسكة بمبدأ (الزواج سر مقدس) مما يبرر القول  
بانها على الرغم من إباحتها للطلاق وفي نطاق واسع  
أحياناً تجعل الأصل هو (عدم قابلية الزواج للاغلال).  
ويضم هذا المذهب أربع طوائف: (الأقباط، والأرمن،  
والسريان، والروم).

وحيث أن هذه الطوائف لم تتفق على تحديد أسباب  
معينة للطلاق يكون من المفيد إفراد أحكام الطلاق لدى  
كل طائفة بمبحث منفرد.

(١) ينظر ص ٢٨.

(٢) أي في القرن الثالث عشر الميلادي.

## المبحث الأول

### التطليق في تعاليم الأقباط الأرثوذكس

هناك أسباب متفق عليها وأسباب مختلف فيها لباحة التطليق في هذه التعاليم ونقتصر على المتفق عليها منها، لضيق المجال وهي: الزنا، وسوء السلوك، والرهينة، والغيبة، والحكم بعقوبة مقيّدة للحرية، والمرض، والاعتداء، والهجر.

#### أولا . الزنا :

الزنا في نظر شريعة الأقباط الأرثوذكس لفظ مطاطي يشمل الزنا الحقيقي (الوقاع) والحالات التي تسبق الزنا، والتي تحمل الانسان على الظن أو الاعتقاد بانها ستؤدي اليه، ولا فرق في هذا التسبب بين زنا الزوج والزوجة. والزنا الحقيقي يعتبر سبباً الزامياً للتطليق. فاذا تأكد القاضي من وقوعه ومن أنه يصدر اعتداء على حق الزوج الثاني التزم بالحكم بالتطليق أن طلبه الزوج البريء، فلا سلطان لارادته في العدول عن ذلك. ويعتبر التطليق للزنا عقوبة لاخلال الزوج الذي فارقه بواجباته الزوجية نحو قرينه من الاخلاص والأمانة والعفة<sup>(١)</sup>.

#### ثانيا . الرهينة<sup>(٢)</sup> :

والرهينة نظام ولد في ظل المسيحية وهي اعتزال عن العالم وملذاته والاخلاص في عبادة الله. ومن مقتضياتها الامتناع عن الزواج. ونصت مجموعة القواعد الخاصة بطائفة الأقباط الأرثوذكس الصادرة سنة ١٩٣٨ في المادة (٥٨) على جواز الطلاق اذا ترهبين الزوجان أو

<sup>(١)</sup> يراجع اهاب حسن اسماعيل المرجع السابق ص ١١٠ وما بعدها.

<sup>(٢)</sup> لا خلاف في حالة ترهبين الزوجين معا فالزواج ينحل في هذه الحالة لكن في حالة ترهبين أحدهما يجب أن يتم ذلك برضاء الزوج الآخر ينظر الدكتور توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين ص ٣٤٨.

أحدهما برضاء الآخر، الآخر، ألا أن مشروع ١٩٥٥ لم يعد الرهينة من أسباب التطليق. ولهذا السبب شرطان:

١- أغراط أحد الزوجين في سلك الرهينة أغراطاً صحيحاً بان تَمَّت وفق القواعد الكنسية كان لا يقل عمره عن (١٧) سنة ويكون غرضه تذليل النفس وعبادة الله.

٢- رضا الطرف الذي لم يترهن برهينة قرينه، أن كان الذي ترهن أحدهما، ويعتبر التطليق لهذا السبب علاجاً لا عقوبة، والزامياً لا اختيارياً فيتعين على القاضي أن يتأكد من توافر السبب واستكمال شروطه<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً . الغيبة<sup>(٢)</sup>:

جاء في مجموع الصفوي<sup>(٣)</sup>: إذا أسر أحد الزوجين وغاب سبع سنين ولم يعلم هل هو حي أو لا فلزوجته أن تتزوج بغيره. ولهذا السبب شروط ثلاثة:

١- الغيبة لمدة تأرجحت المجموعات الشرعية بين اشتراط مضي خمس سنوات الى سبع سنوات على غياب الزوج. لكن يبدو أن ما استقر عليه العمل أخيراً هو خمس سنوات.

٢- الجهل بحياة الغائب من وفاته بان لا يكون مقره معلوماً<sup>(٤)</sup>.

٣- صدور الحكم بثبوت غيبته.

والتطليق لهذا السبب علاجي واختياري، لانه يقصد به أنقاذ الزوج الحاضر من زوجية أصبحت لا تحقق أغراضها بسبب الغياب<sup>(٥)</sup>. ويغضع لكامل تقدير القاضي في حدود سلطته الموضوعية المعقولة.

(١) يراجع ملحق المجموع الصفوي ص ٢٤.

(٢) يراجع اهاب اسماعيل المرجع السابق ص ١٤٣ وما بعدها.

(٣) يراجع ملحق المجموع الصفوي ص ٢٤. الدكتور توفيق حسن فرج المرجع السابق ص ٣٢٠.

(٤) يراجع نمر والفي المرجع السابق ص ٣٨٤.

(٥) يراجع الدكتور احمد سلامة المرجع السابق ص ١٤٣.

## رابعاً . الحكم على أحد الزوجين بعقوبة مقيدة للحرية:

ويعتبر هذا السبب حديث العهد بالنسبة الى بقية الأسباب حيث لم يرد في مجموعاتهم الشرعية القديمة كالمجموع الصفوي ومصباح الظلمة وغيرها. ونصت المادة (٥٢) من مشروع مجموعة (١٩١٧) على جواز التطبيق إذا حكم على أحد الزوجين بعقوبة مقيدة للحرية لمدة خمس سنوات. وقد رأى شراح الأقباط من أول الأمر مخالفة هذا النص للقوانين الكنيسة واعتبروه مشتقا من القانون المدني الفرنسي<sup>(١)</sup> ثم أقرته مجموعة (١٩٣٨) بالشكل الآتي:

الحكم على أحد الزوجين بعقوبة الأشغال الشاقة أو السجن أو الحبس لمدة سبع سنوات فأكثر يسوغ للزوج الآخر طلب الطلاق. ونصت عليه أيضاً المادة (٥١) من مشروع ١٩٥٥. ولهذا السبب شرطان:

١- أن يصدر حكم بعقوبة مقيدة للحرية على أحد الزوجين مدة لا تقل عن سبع سنوات<sup>(٢)</sup>.

٢- أن يكتسب الحكم الدرجة القطعية.

والتطبيق لهذا السبب جزاء اجباري لان العقوبة المقيدة للحرية تتضمن ايذاء ومضرة للأخر نشأت عن عدم التزام المحكوم عليه بواجبات الشرف والأمانة وغير ذلك مما يستوجب القانون والزواج مراعاته. وليس للزوج المحكوم عليه أن يدفع بسبق ارتكاب قرينه جريمة مماثلة اذ لا مقاصة في هذه الأمور.

## خامساً . المرض (الجنون . والأمراض المعدية . وغيرها):

تضمنت مجموعاتهم الشرعية كالمجموع الصفوي والخلاصة القانونية القول بان من أسباب التطبيق الجنون والعنة والأمراض التي تمنع من تحقيق غايات الزواج. وقد دأب الشراح المسيحيون على القول بان للزواج غايات يرمي الى تحقيقها وهي: طلب النسل، وتحسين الزوجين من ألم الشهوة، والتعاون على الحياة.

(١) يراجع جرجس فيلو تأوس مشروع قانون الاحوال الشخصية طبعة القاهرة ١٩١٨ ص ٢٩.

(٢) يراجع الدكتور احمد سلامة المرجع السابق ص ١٨٧.

والمرض يؤدي الى أن يصبح الزواج غير قادر على تحقيق أغراضه. ونصت المادة (٥٥) من مشروع ١٩١٧ على أن إصابة أحد الزوجين بالجنون أو الجذام وإصابة الزوج بالعنة تبطل الطلاق إذا مضت خمس سنوات على المرض وثبت أنه غير قابل للشفاء وأنه مانع من الاختلاط الجنسي. ونصت المادة (٥٤) من مجموعة ١٩٣٨ على جواز التطليق لكل مرض معد يخشى منه على سلامة الآخر، للجنون المطبق إذا مضى على المرض والجنون ثلاث سنوات وثبت أنه غير قابل للشفاء<sup>(١)</sup>.

أما مجموعة سنة ١٩٥٥ فتقتصر على الجنون والعنة في المادة (٥٢) التي تنص على أنه إذا أصيب أحدهما بجنون مطبق جاز للآخر طلب الطلاق إذا مضى عليه خمس سنوات وثبت أنه غير قابل للشفاء.. وللزوجة طلب الطلاق إذا أصيب الزوج بمرض العنة وثبت أنه غير قابل للشفاء. وكانت الزوجة في سن يخشى عليها فيه من الفتنة ولم يكن قد مضى على الزواج خمس سنوات.

### شروط التطليق للمرض:

- ١- إصابة أحد الزوجين بالمرض.
  - ٢- صعوبة الحياة الزوجية وعدم تحقق أغراض الزواج.
  - ٣- انقضاء مدة معقولة للتيقن من الشفاء..
  - ٤- أن يكون المرض على درجة من الخطورة بحيث لا يمكن المقام مع المريض إلا بضرر.
- والتطليق عندهم للأمراض بكافة صورها علاجي واختياري فللقاضي أن يلعب دوراً كبيراً في تقدير الأمراض<sup>(٢)</sup>.

### سادساً . اعتداء أحد الزوجين على الآخر:

أقرت هذا السبب شريعة الأقباط الأرثوذكس في مجموعاتهم الشرعية كقوانين الملوك. والمجموع الصفوي والخلاصة القانونية<sup>(٣)</sup>. ونصت مجموعة ١٩٣٨ على أنه إذا اعتدى أحد

(١) يراجع اهـاب اسماعيل المرجع السابق ص ١٥٩ وما بعدها.

الدكتور توفيق المرجع السابق ٣٣٠.

(٢) يراجع الدكتور توفيق حسن فرج المرجع السابق ص ٣٣١.

(٣) يراجع المرجع السابق ص ١٨٨.



الزوجين على حياه الآخر أو اعتداء على الايذاء ايذاءً جسيماً يعرض صحته للخطر جاز للزوج المجني عليه أن يطلب الطلاق. ورد مثل هذا النص في المادة (٥٣) من مشروع ١٩٥٥. ولهذا السبب شروط ثلاثة:

- ١- أن يقع اعتداء أحد الزوجين على الآخر اعتداءً مادياً بالاتفاق أو أدبياً (أو معنوياً). على الخلاف حول ما اذا كان يمكن أن يتحقق الاعتداء بوسائل أدبية.
  - ٢- وان يصل هذا الاعتداء حداً من الخطورة.
  - ٣- وان يعود على الزوج المعتدى عليه ضرر تستحيل معه الحياة الزوجية<sup>(١)</sup>.
- ويعتبر هذا السبب من الأسباب العقابية والاختيارية للتطليق فيتدخل القاضي بسلطته التقديرية لتقدير خطورته وتأثيره على الحياة الزوجية<sup>(٢)</sup>.

### سابعاً . افتراق الزوجين (الهجر والنفور)

واعتمدت مجموعاتهم بافتراق الزوجين كسبب من أسباب التطليق اذا توفرت الشروط التالية:

- ١- التفرقة مدة حددتها مجموعة ١٩٣٨ في المادة (٥٧) والخلاصة القانونية: بان لا تقل عن ثلاث سنوات.
- ٢- أن يكون سبب الفرقة خطأ من المدعى عليه وقد عبرت عنها مجموعة ١٩٣٨ بانها اخلال أحد الزوجين بواجباته نحو الآخر أو اساءة معاشرته.
- ٣- استحالة عودة الحياة الزوجية، أي يبلغ الأمر حداً يتعذر معه الابقاء على الحياة الزوجية.

ويعتبر التطليق لهذا السبب جزاء وعقوبة توقع على الزوج المتسبب في ذلك باخلاله بواجباته الزوجية التي أدت الى الفرقة. الا أن التطليق في هذه الحالة اختياري وليس الزامياً، فللقاضي سلطان الارادة في رفض التطليق على الرغم من توفر الوقائع المكونة للسبب المدعى به.

(١) يراجع نمر وفي المرجع السابق ص ٣٦١.

(٢) الدكتور جميل الشراقي المرجع السابق راجع اهاب اسماعيل المرجع السابق ص ٢٠٢.

## ثامنا . الخروج عن الدين المسيحي:

نصت المادة (٥١) من مجموعة قواعد ١٩٣٨ على أنه اذا خرج أحد الزوجين عن الديانة المسيحية وانقطع الأمل من رجوعه اليها جاز للزوج الآخر طلب الطلاق.  
ونصت المادة (٤٩) من مشروع ١٩٥٥ على أنه يفسخ الزواج اذا خرج أحد الزوجين عن الدين المسيحي<sup>(١)</sup>. ويبدو من هذا أن الخروج عن الدين سبب لانحلال الزواج بحكم القانون أي يفسخ تلقائياً.

## آثار الطلاق عند الأقباط الأرثوذكس:

أ - زوال الرابطة الزوجية.

ب - العدة: وهي الأجل الذي تتربص فيه الزوجة لنفسها بعد انحلال زواجها ولا تستطيع الزواج حتى تتأكد من براءة زوجها من حمل لزوجها السابق. ونصت المادة (٢٦) من مجموعة ١٩٣٨ على أن مدة العدة عشرة أشهر ميلادية كاملة من تاريخ الوفاة أو الطلاق. وأقرت هذه المجموعة أخيراً أن عدة الحامل تنقضي بوضع الحمل أخذاً بما جاء في الشريعة الاسلامية.

ج - امكان عقد زواج جديد، فلكل منهما أن يستأنف الحياة الزوجية مع زوج آخر.

(١) اهاب اسماعيل المرجع السابق ص ٢٣٣.

توفيق حسن فرج، احكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين ص ٣١٨.

## المبحث الثاني

### انحلال الزواج عند الأرمن الأرثوذكس

تنتهي رابطة الزوجية عندهم بطريقتين: (الابطال والطلاق):

#### ١. الابطال:

- يحكم بإبطال الزواج من المحكمة المختصة اذا ثبت لديها سبب من الأسباب الآتية:
- ١- عدم سلامة رضاء أحد الزوجين لغلط أو اكراه.
  - ٢- عدم تمام السن القانوني ما لم يكون الزواج قد رخص من السلطة الكنسية بموجب إذن خاص.
  - ٣- العجز الجنسي بسبب طبيعي أو عرضي في أحدهما أو في كليهما.
  - ٤- ارتباط أحدهما بزواج سابق.
  - ٥- وجود قرابة مانعة من الزواج.
  - ٦- عدم موافقة ولي الأمر على الزواج.
  - ٧- اذا اختطفها الزوج بقصد الزواج.
- ولأسباب أخرى يقرها عرف المحيط الذي يعيش فيه الأرمن الأرثوذكس.

#### ب . الطلاق:

- يكون لكل من الزوجين حق طلب التطليق من القاضي لسبب من الأسباب الآتية:
- ١- زنا أحدهما<sup>(١)</sup>.
  - ٢- محاولة أحدهما قتل الآخر<sup>(٢)</sup>.

(١) يراجع المادة (٣٨) من قواعد الأرمن الأرثوذكس. اهـاب اسماعيل.

(٢) يراجع المادة (٤١) المرجع السابق.

- ٣- الحكم على أحدهما بجنابة مخلّة بالشرف مدة لا تقل عن ثلاث سنوات.<sup>(١)</sup>
- ٤- اساءة معاملة أحدهما مع الآخر.
- ٥- تهرب أحدهما من الحياة الزوجية والمساكنة مع الآخر.
- ٦- تبديل الدين<sup>(٢)</sup>.
- ٧- جنون أحدهما اذا مضى عليه خمس سنوات أو ثبت طبياً عدم شفائه<sup>(٣)</sup>.
- ٨- غياب أحدهما خمس سنوات متواليات<sup>(٤)</sup>.

## المبحث الثالث

### انحلال الزواج عند السريان الأرثوذكس

تنتهي العلاقة الزوجية عند السريان بطريقتين: طريقة الفسخ وطريقة الانفساخ<sup>(٥)</sup>، ولا سلطان لارادة الزوجين في المطالبة بانهاء الرابطة الزوجية بهاتين الطريقتين الا بعد تحقق سبب من الأسباب المحددة فيهما. وبالإضافة الى ذلك أقرت شريعة السريان فكرة التفريق الجثمانى في حالات خاصة ولأسباب معينة. وسنتعرض للصور الثلاث مع بيان موجز لأسبابها:

#### ١. الفسخ بالحكم:

يجوز فسخ الزواج بحكم من المحكمة وبطلب من أحد الزوجين في حالة من الحالات التالية:

- 
- (١) يراجع المادة (٤٠) المرجع السابق.
  - (٢) يراجع المادة (٤٢) المرجع السابق.
  - (٣) يراجع المادة (٣٦) المرجع السابق.
  - (٤) يراجع أنطوان قسيس، الأحوال الشخصية لغير المسلمين. ص ١٠٩-١١٥. توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين ص ٣٥٠.
  - (٥) يختلف الانفساخ عن الفسخ ففي الأول يزول بأثر رجعي ويعتبر كأنه لم ينشأ بينما الفسخ كالطلاق يفك ميثاق الزواج في المستقبل ولا يمس ما في الماضي غالباً.

- ١- اذا تصرفت الزوجة ببيكارتها وثبت ذلك طبيياً وظهر له في أول اختلاء بها.
- ٢- اذا زنت الزوجة برضاها في سن تزيد على أربع عشرة سنة.
- ٣- اذا ارتد أحدهما وأهمل مدة لغرض الرجوع وانقطع أمل عودته.
- ٤- اذا ساء سلوك الزوجة كان شربت أو لثت مع الغريباء دون رضا الزوج ووجهت اليها ارشادات دينية ثم فرق بينهما سنة ولم ترجع عن غيها على الرغم من ذلك.
- ٥- للبطريريك سلطة تقديرية في اضافة اسباب أخرى أو حذف بعض من الأسباب المذكورة حسب النظام الكنسي.

## ب . الانفساخ تلقائياً :

- ينفسخ الزواج بلا حكم من المحكمة في الحالات التالية:
- ١- اذا كان أحدهما مرتبطاً بزواج سابق.
  - ٢- اذا كان أحدهما مترهباً قبل العقد ولم يستحصل اذنًا بالزواج من البطريركية.
  - ٣- اذا تظاهر أحدهما بالنصرانية ولم يكن كذلك في الواقع وعرض عليه الدخول فيها وحددت له مدة ثم أبى أنفسخ زواجه.
  - ٤- اذا كان في أحدهما عجز جنسي وثبت طبيياً عدم زواله بعد انتظار سنة.

## ج . التفريق الجثماني :

- يحكم بالتفريق الجثماني في الحالات الآتية:
- ١- اذا زنا الزوج في منزل الزوجية أو لحق بها في مسكنها خليلته.
  - ٢- اذا اتفق أحد الزوجين مع الغير على الاضرار بحياة الآخر وعلم بذلك فسكت.
  - ٣- اذا حرض زوجته على الفساد في العرض أو الدين.
  - ٤- اذا هجر أحدهما الآخر دون عذر مدة ثلاث سنوات ولم يقتنع بالرجوع عن ذلك رغم تكرار الارشادات الدينية.
  - ٥- للمحكمة المختصة سلطة الحكم بالتفريق الجثماني لأسباب أخرى طارئة وفق النظام الكنسي.

## آثار الفسخ والانفساخ:

١- لكل منهما استئناف الحياة الزوجية مع زوج آخر، اذا لم يكن السبب هو الزنا أو الارتداد.

٢- تستحق الزوجة كامل حقوقها الا في الحالات التالية:

أ - اذا علمت قبل الزواج بعجز زوجها الجنسي، وكانت هي طالبة الفسخ.

ب - اذا كان العجز الجنسي من الزوجة ولم يعلم به الزوج قبل العقد.

ج - اذا كان الفسخ بسبب آخر من الزوجة.

٣- اذا علم الزوج بسبب الزوجة قبل العقد يضاعف مهرها وجهازها ما دام هو الطالب للفسخ.

٤- اذا كان السبب منها، تكون الرضاعة على الأم والنفقة والتربية على الأب.

## آثار التفريق الجشمانى:

١- اذا كان السبب منها، تفقد نفقتها وحقها من طلب المعاشرة طيلة مدة الفراق.

٢- اذا كان السبب منه، فعليه نفقتها وليس له طلب معاشرتها.

٣- اذا كان السبب منها، تكون الرضاعة على الأم والنفقة والتربية على الأب<sup>(١)</sup>.

<sup>(١)</sup> يراجع المواد ( ١٧، ٣٢، ٣١، ٣٤، ٣٥، ٣٩) من احكام الاحوال الشخصية للسريان الارثوذكس في المجموعة الدائمة للقوانين والانظمة العراقية الموحدة. ويؤخذ مما جاء في المادة (٣٤) من أن لكل منهما الزواج بعد الفسخ مرة أخرى الا المطلقة للزنى والارتداد. ومما جاء في المادة (٣٧) من أن الام هي الحاضنة اذا كانت متعديّة وطلقت. أن الفسخ في تشريع السريان يعني نفس مفهوم الطلاق.

## المبحث الرابع

### انحلال الزواج عند الروم الأرثوذكس<sup>(١)</sup>

تنتهي رابطة الزوجية عندهم بطرق ثلاثة: (الابطال، والفسخ، الطلاق).

#### اولا . الابطال:

يحكم ببطان الزواج اذا أجري مخالفاً لأحكام الكنيسة الأرثوذكسية.

#### ثانيا . الفسخ:

يفسخ الزواج بحكم المحكمة وبطلب من أحدهما في الحالات التالية:

- ١- اذا ارتد أحدهما<sup>(٢)</sup>.
- ٢- اذا حاول أحدهما القضاء على حياة الآخر.
- ٣- اذا جن أحدهما جنوناً مطبقاً غير قابل للشفاء بشهادة طبيّة وقد مضى عليه ثلاث سنوات.
- ٤- اذا أصيب أحدهما بالجذام.
- ٥- اذا حكم على أحدهما بالسجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات في جريمة مخلة بالشرف.
- ٦- اذا أهمل أحدهما الآخر ثلاث سنوات مع سوء القصد.
- ٧- اذا اختار أحدهما الرهبنة.
- ٨- اذا وجد عجز جنسي لدى أحدهما ودام ثلاث سنوات أو ثبت دوامه طبيّاً.
- ٩- اذا تم الزواج بالاكراه.

(١) نشأ هذا المذهب سنة ١٩٠٥ م.

(٢) يراجع المادة (١٤) من قواعد الروم الارثوذكس. راجع اهاب اسماعيل المرجع السابق ص ٢٤٣.

### ثالثاً . الطلاق:

- أ - لكل منهما طلب الطلاق اذا ثبت زنا الآخر، أو اعتداؤه على حياته<sup>(١)</sup>.
- ب - للزوج طلب الطلاق في الحالات الآتية:
  - ١- اذا وجدها فاقدة البكارة ولم يعلم بأمرها قبل الزواج ورفع الأمر فوراً الى الرئاسة الروحية المحلية بعد العلم.
  - ٢- اذا قامت بما هو مظنة التهمة لتردها على مشبوه أو قضاء الليالي خارج البيت دون اذن من الزوج وبلا محرم.
  - ٣- اذا أجهضت حملها منه.
  - ٤- اذا امتنعت من السفر معه الى محل اقامته بعد حكم المحكمة بذلك.
- ج - للزوجة طلب الطلاق في حالتين:
  - ١- اذا دفعها زوجها للزنا.
  - ٢- اذا اتهمها أمام السلطة الرسمية بالزنا دون الاثبات.

### آثار انحلال الزواج:

- ١- لها بائننها أن لم يكن لها أولاد والا فترك للزوج لتربيته.
- ٢- على المسبب نفقة الآخر حسب مقدرته اذا كان محتاجاً الا اذا كان السبب هو الجنون فعندئذ يجب على السليم نفقة المجنون.
- ٣- لا يجوز الزواج مرة ثانية الا بعد اكتساب حكم الانحلال الدرجة القطعية، ومروور سنة بالنسبة لسبب الطلاق وبرخصة من الرئاسة الروحية.
- ٤- العدة ومدتها أربعة أشهر أن لم تكن حاملاً والا تنقضي عدتها بوضع حملها.
- ٥- الحضانة لمن لم يكن مسبباً في الطلاق.
- ٦- مصاريف الأولاد على الأبوين حسب المقدرة<sup>(٢)</sup>.

(١) المادة (٨) من قواعد الروم الارثوذكس راجع اهاب اسماعيل ص ١٩١.

(٢) يراجع نادر ميخائيل الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ص ١٢٩- ص ١٢٨. أنطوان قسيس الأحوال الشخصية لغير المسلمين ص ١٠٤-١٠٧. يراجع المواد ١٢-٦ من قانون الزواج والطلاق للروم الأرثوذكس الصادر سنة ١٩٣٧م والمعدل عليه في الوقت الحاضر.



## تقويم المذهب الأرثوذكسي:

### أ - لهذا المذهب محاسن منها:

١- القول باباحة الطلاق في حدود معقولة ولأسباب معلومة أمر يتفق مع روح جميع الشرائع السماوية التي أتت لتحقيق مصلحة المجتمع البشري يجلب المنفعة لهم ودرء المضرة عنهم، لتأمين سعادتهم في الدنيا والآخرة.

والطلاق في بعض الحالات يعتبر وسيلة لازالة المضرة القائمة في الحياة الزوجية.

٢- تأثر بعض فقهاء المذهب الأرثوذكسي بالفقه الاسلامي، وتنظيم أحكام الطلاق وبواعثه في ضوء هذا التأثير من سمات تخلي هؤلاء الفقهاء عن رذيلة التعصب. اذ كل تعصب أيأ كان مصدره ومهما كان لونه يعتبر من الصفات الرذيلة للانسان المخلوق من أب واحد وأم واحدة، وبوجه خاص في مجال التشريعات السماوية التي تعتبر اللاحقة منها مكملية للسابقة. والكل - باستثناء ما مسته يد التحريف - مستقاة من سلطة تشريعية واحدة وهي السلطة الالهية. كما نطق بذلك القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ﴾<sup>(١)</sup>.

### ب - ويمكن أن ترد عليه بعض الملاحظات منها:

١- يوجه الى طائفة السريان الأرثوذكس نفس النقد الموجه الى الكاثوليك والبروتستانت بالنسبة لاقرار فكرة التفريق الجشمانى (حالة اللزواج والطلاق)، لما يترتب على هذا النوع من التفريق من مساوئ اجتماعية وأخلاقية تضر بحياة الزوجين مباشرة وبالمجتمع بصورة غير مباشرة.

(١) ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ كَبُرَ عَلَى الْمُشْرِكِينَ مَا تَدْعُوهُمْ إِلَيْهِ اللَّهُ يَجْتَبِي إِلَيْهِ مَنْ يَشَاءُ وَيَهْدِي إِلَيْهِ مَنْ يُنِيبُ﴾ (الشورى: ١٣).

٢- توسعت بعض الطوائف الأرثوذكسية في أسباب الطلاق أكثر من الحاجة الماسة الى استخدام وسيلة الطلاق لعلاج المشاكل الزوجية، في حين أن هذا التوسع يتعارض مبدئياً مع أصل فكرتها من قدسية الزواج وعدم قابليته للانفصام الا للضرورة.

٣- لو تتبعنا أسباب الطلاق في المذهب الارثوذكسي (جميع الطوائف) لوجدنا أن الطلاق في أكثر الحالات يأخذ طابع العقاب مع أنه نظام شرع ليكون آخر وسيلة علاجية لمشكلة زوجية مستعصية.

٤- اعتبار الخروج عن الدين مبرراً للتطبيق أو موجباً للطلاق تلقائياً كما يقول البعض يعطل تطبيقه حكم قاعدة الاسناد في التنازع بين الشرائع الداخلية للأحوال الشخصية.

ففي حالة اسلام الزوج المسيحي وتمسك الزوجة المسيحية بدينها لا يعتبر الاختلاف في الدين في هذه الحالة سبباً للتفريق القضائي أو موجباً لوقوع الطلاق تلقائياً في جميع قوانين الاحوال الشخصية للمسلمين.

## الفصل الثالث

### الطلاق عند البروتستانت<sup>(١)</sup>

كانت الكنيسة المسيحية واحدة في البداية وظلت كذلك فترة طويلة حتى انفصلت عنها الكنيسة الارثوذكسية في القرن الحادي عشر الميلادي والكنيسة البروتستانتية في القرن السادس عشر. على أن الخلاف الذي قام عليه انفصال البروتستانت عن الكنيسة الكاثوليكية لم يمنع تأثير القواعد التي وضعها المذهب الجديد بمبادئ القانون الكنسي الكاثوليكي على نطاق واسع ومع ذلك فقد أتى المذهب بتغييرات في تنظيم بعض المسائل التي كان يحكمها القانون الكنسي. منها القول بأن (الزواج نظام مدني لا قدسية له). وكانت هذه النظرة الى الزواج هي الأساس التي استند اليه بعض القوانين المتأثرة بالتعاليم المسيحية: في اقرار اباحة الطلاق كالقانون الانجليزي حيث كان الطلاق غير جائز بموجبه الى عام ١٩٣٧م الا بسبب الزنى. ففي هذه السنة عرض البرلمان البريطاني القانون. الذي استحدث أسباباً أخرى للطلاق. وقد وافق عليها مجلس العموم بعد مناقشات حادة استغرقت وقتاً طويلاً. وقد خيف آنذاك من قبوله في مجلس اللوردات، ولكن موقف اللوردات من رجال الكنيسة البروتستانتية كان سبباً في موافقة المجلس على القانون. فقد أعلن أسقف كنتر بري أنه كرئيس للكنيسة البروتستانتية ليس مع المشروع ولكنه كرجل دولة لا يمكنه أن يعارض قانوناً يطلبه بوضوح جزء كبير من الرأي العام. وتبعه في هذا الآخرون من رجال الكنيسة<sup>(٢)</sup>. ويعزى كل ذلك الى فكرة اعتبار الزواج نظاماً مدنياً لا يحصل قدسية تحرم الانفصام مدى الحياة.

<sup>(١)</sup> عندما حاولت السلطة المدنية في ألمانيا تنفيذ قرار الحرمان الذي أصدره البابا ضد مارتن لوتر بسبب انشقاقه على الكنيسة اجتمع حوله بعض الانصار احتجوا على ذلك فأطلق عليهم تسمية المحتجين (البروتستانت).

<sup>(٢)</sup> أحلال الزواج المرجع السابق ص ١٨.

وعلى الرغم من هذا التغيير الذي أتى به المذهب البروتستانتي فإن موضوع الطلاق انحصر في دائرة ضيقة في مجال الأسباب المبررة له حيث لم يتجاوز مجموع هذه الأسباب لدى جميع الطوائف المنتمية الى الكنيسة البروتستانتية عن ثلاثة وهي (الزنى، والارتداد عن دين المسيح، والهجر المتعمد) بل ظل البعض متمسكاً بنفس الموقف الكاثوليكي في تحريم الطلاق تحريماً باتاً أياً كان السبب كما يبدو من التفصيل الآتي:

أ - تمسكت فرقة التقليديين بما أقرته الكنيسة الكاثوليكية بصدد الطلاق فلم يعدلوا عن هذا الاتجاه قيد نفيرة.

وهم الطائفة اليونانية، والاسقفية، والانجيليكانية، واليعقوبية، والنسطورية، والكلدانية<sup>(١)</sup>.

ب - وفئة من البروتستانت حصرت الطلاق على حالة واحدة فقط وهي حالة الخيانة الزوجية (الزنى)، فإذا زنى أحد الزوجين جاز للآخر طلب الطلاق.

ج - وأضاف البعض الآخر الى الزنى سبباً آخر وهو الارتداد من الديانة المسيحية وهم الانجيليون المتمسكون بالانجيل فقط ولا يعترفون بغير ما جاء فيه خلافاً لما عليه المذهب الكاثوليكي من اعتبار أقوال البابا تشريعاً دينياً يلي نصوص الكتاب المقدس في المرتبة. والمعروف أن الانجيليين عبارة عن اللوثرانية، والكونية، والكليطانية.

وقد نصت المواد (١٧-١٩) من قانون الأحوال الشخصية لطائفة الانجيليين في مصر على أحكام الطلاق. ونصت المادة (١٨) منه على أنه: (لا يجوز الطلاق الا بحكم من المجلس العمومي وفي الحالتين الآتيتين:

أولاً - اذا زنى أحد الزوجين وطلب الطلاق الزوج الآخر.

ثانياً - اذا اعتنق أحد الزوجين ديانة أخرى غير الديانة المسيحية وطلب الزوج الآخر الطلاق.

وهم استندوا في القول باباحة الطلاق لزنى أحد الزوجين الى أنجيل متي الذي نص على ذلك. وغني عن البيان أن الزنى الحقيقي (اتصال أحد الزوجين جنسياً بشخص آخر أثناء قيام الرابطة الزوجية) سبب يعطي الزوج الآخر حق طلب الطلاق. وكذلك

(١) ينظر فاروق الدملوجي، حياة السيد المسيح ص ٢٣٠.

الدكتور الشرقاوي، محاضرات في الاحوال الشخصية لغير المسلمين والاجانب ص ١٣٠، ١٣١.

من الواضح أن هذا الاتصال يعتبر الزنى ولو مع عقد الزواج لان الزواج الثاني في نظر الشريعة المسيحية يعتبر باطلا ما دام الزواج الأول باقياً.

لكن الذي يثير الشك هو هل يمكن أن يفسر لفظ (الزنى) بمفهوم أوسع بحيث يشمل سوء السلوك وان لم يصل هذا السلوك الى الاتصال الجنسي؟ لم أطلع على ذلك بالنسبة للبروتستانت، ولكن لدى الاقباط الارثوذكس الجواب بالايجاب. فقد جاء في المسألة (٢٥) من الخلاصة القانونية للأقباط الارثوذكس: (اذا تمادت المرأة على إجراء ما يستلزم افساد عفتها كما اذا سكرت أو سمعت الملاهي مع رجال أجنب، أو ترددت الى أمّاكن اللهو بدون اذن الرجل وما يجري مجرى ذلك مما يشين عرضها، ويعرضها لخطر الفساد ولم تنته، ولم تتب واستمرت بعد نصحتها وتوبيخها وردعها من الرئيس مرات مواظبة على قباحتها يكون ذلك موجباً لفراقها من الرجل يفسخ زيجتها). هذا بالنسبة الى الزوجة.

أما بالنسبة الى سوء سلوك أحد الزوجين فقد نصت المادة (٥٦) من مجموعة سنة ١٩٣٨ للأقباط الارثوذكس على أنه (اذا ساء سلوك أحد الزوجين وفسدت أخلاقه وانغمس في حماة الرذيلة ولم يعد في اصلاحه توبيخ الرئيس الديني ونصائحه فللزواج الآخر أن يطلب الطلاق) ويبدو من هذا أن الامر لا يقف عن الزنى بالمعنى السابق (الاتصال الجنسي) بل يشمل سوء السلوك أيضاً ويمكن القول بان المحاكم قد استقرت على ذلك في الوقت الحاضر<sup>(١)</sup>.

أما بالنسبة الى الخروج عن الديانة المسيحية فان الانجيليين يعتبرون هذا الخروج زناً روحياً أو موتاً حكماً وبهذا التأويل لا يعتبرون أنفسهم خارجين عما جاء في الانجيل. وبناء على ذلك اذا تم الزواج بين مسيحيين ثم خرج أحدهما عن ديانتهم كان ذلك سبباً لانهاء الرابطة الزوجية بالتطليق. وهذا السبب مشترك بين الطوائف المسيحية التي تبيع التطليق اذ يرون أن من خرج عن ديانتهم الى ديانة أخرى يقطع من عداد المؤمنين ويعتبر في حكم الميت<sup>(٢)</sup>. وقد نص على هذا السبب في المجموعات القديمة والحديثة.

(١) ينظر الدكتور توفيق حسن فرج، احكام الاحوال الشخصية لغير المسلمين المرجع السابق

ص ٣١٦-٣١٧.

(٢) المرجع السابق ص ٣١٨.

د - وقد استحدثت بعض الطوائف الأخرى البروتستانتية سبباً آخر بالاضافة الى الزنى وهو الهجر المتعمد فقالوا: لا يجوز الطلاق الا في حالتين:

- ١- حالة الزنى استناداً الى أنجيل متي.
  - ٢- حالة الهجر المتعمد بان يهجر أحد الزوجين الآخر.
- استناداً الى المصادر الاخرى من رسائل بولص<sup>(١)</sup>.
- ولم أجد تحديداً لمدة هذا الهجر في المراجع المتعلقة بالمذهب البروتستانتي.

## تقويم المذهب البروتستانتي في الطلاق:

أ - يمكن أن يعتبر من محاسن هذا المذهب ما يلي:

- ١- اتخاذ موقف وسط معتدل بين رفض الكاثوليك للطلاق رفضاً باتاً، وبين توسيع الارثوذكس توسيعاً خارجاً عن حدود الضرورة.
- ٢- اعتباره الزواج نظاماً مدنياً خالياً من قدسية تعطيها صفة الدوام وعدم الانفصام مدى الحياة.

وبذلك فتح الباب أمام بعض الدول المتأثرة بالتحاليم المسيحية لاستحداث اسباب تبرر الطلاق، كما حدث ذلك بالنسبة الى أنكلترا.

ب - وقد ترد عليه بعض الملاحظات منها:

- ١- وجود نوع من التناقض بين إعتبار الزواج نظاماً مدنياً وبين تضيق نطاق الطلاق الى حد بعيد لان القول بكون الزواج نظاماً مدنياً يعني اعطاء السلطات الزمنية حق الفصل في طلبات الطلاق والحكم به كلما دعت الحاجة الى ذلك.
- ٢- اقرار الانفصال الجثمانى من قبل المذهب الكاثوليكي<sup>(٢)</sup> الى جانب القول بالطلاق رجوع الى نفس المحذور الذي ابتعد عنه عن طريق الاعتراف بالطلاق والذي قد يترتب عليه بصفته حالة تقوم على اللازواج واللاطلاق مفسد أخلاقية واجتماعية.

(١) ينظر الاصحاح السابع العدد (١٥) .

(٢) كما جاء ذلك في المواد (١٤-١٦) من قانون الانجيليين الوطنيين في مصر.

ينظر الشرقاوي، محاضرات الأحوال الشخصية لغير المسلمين الوطنيين والاجانب ص١٣١.



# الباب الرابع

## الطلاق في الإسلام

ويتضمن:

الفصل الأول: الطلاق

الفصل الثاني: صيغة الطلاق

الفصل الثالث: المطلق

الفصل الرابع: المطلقة

الفصل الخامس: الطلاق بإرادة الزوجين (الخلع)

الفصل السادس: التفريق القضائي







## الفصل الأول

### الطلاق

نوزع دراسة هذه الموضوعات على أربعة  
مباحث:

المبحث الأول : تعريفه. مشروعيته. حكمه.

المبحث الثاني : حكمه تشريع الطلاق.

المبحث الثالث : من له حق الطلاق.

المبحث الرابع : خطوات الطلاق .

## المبحث الأول

### تعريفه. مشروعيته. حكمه

#### تعريفه :

لغة: هو رفع القيد الحسي أو المعنوي.

وشرعاً: رفع قيد الزواج في الحال أو في المآل، بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه.

ذلك تعريفه عند من يرى أن الطلاق إذا كان بانثا ترتب عليه حل عقدة النكاح في الحال، فيحرم على الزوج أن يتمتع بزوجه بعده. وإذا كان رجعياً ترتب عليه حل هذه العقدة مآلاً أي عند أنتهاء العدة، فهي اثناء العدة زوجته فلا يحرم عليه أن يتمتع بها، وهو ما ذهب إليه الحنفية<sup>(١)</sup> والجعفرية<sup>(٢)</sup> وجمهور الحنابلة<sup>(٣)</sup> والزيدية<sup>(٤)</sup> والأباضية<sup>(٥)</sup>. ومن قال بتحريم الاستمتاع بها كالشافعية<sup>(٦)</sup> وبعض الحنابلة يرى أن الطلاق رفع قيد الزواج في الحال. وهذا هو الراجح، والمفروض على هذا الرأي الأخير أن المطلقة طلاقاً رجعياً لا يلحقها الطلاق، أي لا تُطلق قبل الرجعة لأنها ليست زوجته، والطلاق تابع للزواج، والزواج رُفِعَ بالطلاق الرجعي، فلا يلحقها طلاق آخر قبل ارتجاعها رغم عدم أنتهاء العدة، وهو رأي مطابق لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾<sup>(٧)</sup>، والسلام في (لعدتهن) للتوقيت، أي في وقت تبدأ عدتهن مباشرة بعد الطلاق، وبناءً على ظاهر هذه الآية أن

(١) يراجع شرح فتح القدير لابن الهمام ١٦١/٢.

(٢) يراجع الخلاف للطوسي ٩٨/٢.

(٣) يراجع المغني والشرح الكبير ٤٧٧/٨.

(٤) يراجع التاج المذهب ١٢٩/٢.

(٥) يراجع النيل وشفاء العليل ٥٢١/٢ نقلاً عن أحمد الغندور الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون ص ٣٤.

(٦) يراجع المذهب لأبي إسحاق الشيرازي ١٠٢/٢.

(٧) سورة الطلاق: ١.

المطلقة طلاقاً رجعياً لا يلحقها الطلاق إلا بعد ارتجاعها، لأن تطبيق المطلقة يبدأ المعتدة بالعدة بعد الطلاق الجديد تحصيل الحاصل وهو باطل بل مستحيل باتفاق العقلاء..  
والطلاق نوعان: رجعي وبائن.

الرجعي: من حيث الماهية كل طلاق بعد الدخول بدون عوض لمرة (الأولى والثانية) قبل انتهاء عدتها.

ومن حيث الحكم هو الذي يملك الزوج فيه مراجعة زوجته ما دامت في العدة دون عقد جديد ومهر جديد بحضور شاهدين.

البائن: من حيث الماهية هو كل طلاق قبل الدخول أو بعوض أو للمرة الثالثة أو بعد انتهاء عدة المطلقة.

ومن حيث الحكم هو الذي لا يملك فيه الزوج أن يراجعها إليه إلا بعقد ومهر جديدين. والبائن بالتطليقة الأولى والثانية بينونة صغرى تحل لزوجها أعادتها بعقد جديد دون حاجة إلى أي إجراء آخر.

والبائن بالتطليقة الثالثة بينونة كبرى، فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره، ثم يفارقها بسبب من أسباب الفرقة وتنتهي عدتها، وبعد هذه الإجراءات إذا أراد الزوج الأول استئناف العلاقة الزوجية معها فله ذلك.

وبناءً على ما ذكرنا يكون الطلاق رجعياً إلا في الحالات التالية:

- ١- الطلاق قبل الدخول باجماع فقهاء الشريعة الإسلامية.
- ٢- الطلاق المكمل للثلاث باتفاق الفقهاء..
- ٣- الطلاق مقابل عوض (الخلع) عند جمهور الفقهاء<sup>(١)</sup>.
- ٤- الطلاق ببعض صيغ الكنايات عند الحنفية والمالكية<sup>(٢)</sup>.
- ٥- الفرقة بالتفريق القضائي في بعض الحالات عند من يراه طلاقاً، لا فسخاً<sup>(٣)</sup>.

(١) خلافاً لبعض الفقهاء كالزيدية. ينظر الدراري المضيئة للشوكانى ٧٤/٢.

(٢) ينظر المبسوط للسرخسي ٧٣/٦.

(٣) ينظر فرق الزواج للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص ١٩٦ وما بعدها.

## الثمرة التي تترتب على التفريق بين الطلاق البائن

### والرجعي:

١- إذا مات أحد الزوجين قبل انتهاء العدة يرثه الآخر في الطلاق الرجعي، بخلاف البائن حيث تنتهي به العلاقة الزوجية منذ اللحظة الأولى.

٢- إذا عاشرها الزوج أو قبلها أو لاعبها أو تمتع بها بأية طريقة أخرى، يعتبر كل ذلك إعادة للزوجة الى عصمتها مطلقاً عند الجمهور ومع النية عند المالكية، لان الطلاق الرجعي لا يرفع عقد النكاح عند جمهور الفقهاء، خلافاً للشافعية فعندهم يرفع قيد النكاح ولا تجوز معاشرتها الا بعد ارجاعها بصيغة الرجعة وبحضور شاهدين، لقوله تعالى ﴿فَأَمْسِكُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾<sup>(١)</sup>. فعند الأمامية الإشهاد ركن للطلاق والرجعة، وهذا هو الصحيح. وعند الشافعية يكون للرجعة فقط، وهذا مخالف للقاعدة النحوية إذا دار القيد بين القريب والبعيد، يرجع إلى القريب ما لم يقد دليل على خلاف ذلك.

أما الطلاق البائن فالزوجة تصبح به محرمة باتفاق الفقهاء فور طلاقها ولا تحل له الا بعد عقد جديد كالعقد الأول اذا كان الطلاق بائناً بينونة صغرى بالاضافة الى الاجراءات التي ذكرناها آنفاً في البينونة الكبرى.

٣- في الطلاق الرجعي الزوجة تبقى في بيت الزوجية حتى تنتهي عدتها بخلاف الطلاق البائن، وذلك وفقاً لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَذَرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثَ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾<sup>(٢)</sup>.

(١) فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوَعِّظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا (الطلاق: ٢).

(٢) سورة الطلاق: ١.

٤- يلحق بالطلاق الرجعي طلاق آخر عند من لا يرى رفع عقد الزواج بالطلاق الرجعي، أي إذا طلقها طليقة أخرى أثناء العدة تقع عند الجمهور بخلاف الطلاق البائن لانقطاع العلاقة الزوجية به. ونؤيد الرأي الذاهب إلى أن الطلاق الرجعي يرفع النكاح، فالملطقة طلاقاً رجعياً لا تُطلق قبل ارتجاعها كالمطلقة طلاقاً بائناً.<sup>(١)</sup>

## متى تعتبر الفرقة طلاقاً ومتى تكون فسخاً؟

### أ - الفرقة التي تُعتَبَرُ طلاقاً:

- ١- الطلاق الذي يصدر من الزوج، أو بمن يفوضه فيه، أو بمن ينوب عنه.
- ٢- الخلع عند جمهور الفقهاء وهو الطلاق الذي يتم باتفاق الزوجين مقابل عوض تلتزم به الزوجة أو من ينوب عنها.
- ٣- الاتفاق باللعان سواء حصل تلقائياً أم بحكم القاضي، على خلاف فيه.
- ٤- الفرقة بسبب الإيلاء سواء كانت بصورة تلقائية بعد انتهاء مدة الإيلاء كما يقول البعض، أو بحكم القضاء كما هو رأي الجمهور.
- ٥- التفريق القضائي في أكثر الحالات كما سيأتي.

### ب - الفرقة التي تُعتَبَرُ فسخاً:

- ١- إذا نشأ عقد الزواج غير صحيح لتخلف أحد شروط صحته.
- ٢- إذا كان لأحدهما أو لهما خيار الفسخ بالبلوغ أو الافاقة.
- ٣- الخلع عند بعض الفقهاء<sup>(٢)</sup>.

(١) جاء في كتاب القواعد للعلامة الشيخ عبدالله بن سعيد، القاعدة الحادية عشرة، ص ٩٤.

(٢) الطلاق الرجعي هل يقطع النكاح أو لا؟ قولان: قال الرافعي التحقيق أنه لا يطلق ترجيح واحد منهما لإختلاف الترجيح في فروعه، قال الشارح لكن المعتمد أن المذهب فيه جانب القطع، أي أن المعتمد هو أن الطلاق الرجعي يقطع النكاح.

(٣) يقول الشوكاني والخلع فسخ وعدته حيضة. ينظر الدراري المضيئة شرح الدرر البهية كلاهما للأمام محمد بن علي الشوكاني ٧٤/٢.

- ٤- الفرقة بسبب اعتراض الولي لنقصان المهر عن مهر المثل أو لعدم توفر الكفاءة.
- ٥- الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين. وعند بعض الفقهاء ارتداد الزوج طلاق.
- ٦- الفرقة بسبب المصاهرة الطارئة عند من يقول بشبوتها بالزنى كالحنفية، فإذا عاش أم زوجته أو بنتها من زوج آخر، أو هي عاشها أحد أصول أو فروع الزوج، تثبت الفرقة بصورة تلقائية.
- ٧- الفرقة بسبب امتناع الزوجة المشتركة عن الاسلام أو أي دين سماوي آخر بعد اسلام زوجها.

### الآثار المترتبة على الفرقة بين الطلاق والفسخ:

- ١- يتنوع الطلاق الى بائن ورجعي، والفسخ فرقة بائنة لا رجعة فيها حيث تنحل به الرابطة الزوجية حالا.
- ٢- الفرقة التي تعد طلاقاً لا تكون الا في زواج صحيح، والفسخ يكون في الصحيح وغيره عند جمهور الفقهاء.
- ٣- الطلاق ينقص به عدد ما يملكه الزوج من الطلقات الثلاث بخلاف الفسخ.
- ٤- الطلاق هو إنهاء العقد لا بأثر رجعي، والفسخ نقض للعقد وقد يكون له الاثر الرجعي، اذا كان بسبب يتصل بانشاء العقد كخيار نقض العقد من أصله، والمهر من أحكام العقد.
- ٥- إنهاء الزوجية بالطلاق لا يرجع الى وجود شيء يتنافى مع عقد الزواج من ناحية الصحة أو اللزوم، وانما هو حق ثابت للرجل يترتب على العقد نفسه، أما الفسخ فهو لسبب مقارن للعقد أو طارئ بعده<sup>(١)</sup>.

(١) الاستاذ محمد سلام مذكور المرجع السابق ١٧/٢.

## أدلة مشروعية الطلاق:

ثبتت مشروعيته ب القرآن والسنة والاجماع:

١ . القرآن الكريم: هناك آيات بينات كثيرة تنص على جواز اللجوء الى الطلاق عندما تدعو اليه حاجة ملحة منها: قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾<sup>(١)</sup> ومنها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾<sup>(٢)</sup>. ومنها قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>(٣)</sup>.

ب . السنة النبوية: فقد ثبتت مشروعية الطلاق بأفعاله وأقواله التي تؤكد ما جاء في القرآن الكريم. أمّا فعله فقد طلق حفصة ثم راجعها. ومن أقواله: ((أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ))<sup>(٤)</sup>. وأمّا تقريره فقد أقر الصحابة على الطلاق في عصره.

ج . الاجماع: اتفق فقهاء المسلمين في كل عصر على أن للرجل حق تطليق زوجته اذا قام مبرر يدعو اليه.

### ثمرة الخلاف:

على القول باباحة الطلاق يتمتع الزوج بارادة حرة في التطليق، فله أن يطلق متى شاء ولأتفه الأسباب، فالزوجة تحت رحمة ارادته أن شاء أمسكها وان شاء طلقها.

(١) ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسَعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ (البقرة: ٢٣٦).

(٢) ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَذَرِي لَغَلٍ اللَّهُ يَخْذُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ (الطلاق: ١).

(٣) ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ (البقرة: ٢٢٩).

(٤) عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ) {رواه أبو داود وابن ماجه. نيل الأوطار للشوكاني ٢٤٩/٦}.

وعلى القول بحظره - الذي هو الصواب - فإن إرادة الزوج مقيدة بقيود لا تتيح له الطلاق إلا حاجة ماسة إليه، وفي أوقات خاصة.  
فإن خالف فعله حرام أو مكروه كراهة تحریم، فهو آثم أمام الله وملام أمام الرأي العام، وإن قلنا بصحة طلاقه.

## حكمه :

لفعل المكلف حكمان <sup>(١)</sup> : الأولي والثانوي  
فالحكم الأولي: هو الحكم المجعول للشيء، أولاً وبالذات بلا لحاظ ما يطرأ عليه من العوارض.  
والحكم الثانوي: ما يجعل للشيء من الأحكام بلحاظ ما يطرأ عليه. فشرب الماء مثلاً مباح بعنوانه الأولي ولكن بعنوان أنقاذ الحياة يكون واجباً <sup>(٢)</sup>.  
حكمه الأولي: اختلف فيه الفقهاء: فقال فريق منهم: أن الطلاق بغض النظر عن الظروف التي تحيط به مباح وذهب كثير منهم إلى أنه محظور.

## أدلة من قال بإباحته:

١. القرآن : قال تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾. فقالوا: نفي الإثم ورفع الحرج من الشارع دليل الإباحة.
٢. السنة النبوية: طلق النبي ﷺ حفصة ثم راجعها <sup>(٣)</sup> وهو لكونه معصوماً لا يقدم على عمل محظور عمداً. فاقدامه على طلاق حفصة دليل على إباحته.
٣. عمل الصحابة: فقد طلق بعض الصحابة زوجاتهم فطلق عمر أم عاصم، وعبد الرحمن بن عوف تماضر <sup>(٤)</sup>... فما كان منه في عصر النبي ﷺ يعتبر من تقريره، وما كان

(١) أي عدا الحكم الوضعي.

(٢) تراجع الأصول العامة للفقهاء المقارن للاستاذ محمد تقي الحكيم ص ٧٣.

(٣) سنن ابن ماجه ٣١٨/١. رواه ابو داود (رقم ٢٢٧٣)، وابن ماجه (رقم ٢٠١٦)، والدارمي (٢١٣/٢)، والبيهقي (٣٢٢-٣٢١/٧) كلهم من طريق يحيى بن زكريا بن أبي زائدة عن صالح بن صالح بن يحيى عن سلمة بن كهيل عن سعيد بن جبير عن ابن عباس عن عمر بن الخطاب ؓ.

(٤) تراجع الصابوني مدى حرية الزوجين في الطلاق ٨٠/١.



بعده يعتبر من عمل الصحابة وعملهم حجة فيما لا مجال للرأي فيه، لانه لا بد لهم من موقف ولا موقف لهم الا الرسول ﷺ.

٤. الاجماع: اجمع فقهاء المسلمين منذ صدر الاسلام الى يومنا هذا على مشروعية الطلاق عند الحاجة.

٥. القياس: الطلاق ازالة الملك <sup>(١)</sup> بطريقة الاسقاط فيكون مباحاً في الأصل كالاتاق.

أدلة من قال بالخطر:

١- القرآن :

جاء في القرآن الكريم آيات تدل على كراهية الطلاق منها: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْتُمْ كُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾ <sup>(٢)</sup>. فالطلاق دون حاجة أو ضرورة بغي وظلم وعدوان.

وقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ <sup>(٣)</sup>. والطلاق دون سبب كفران لهذه النعمة ونكران لهذا الرباط المقدس وكل كفران محذور فالطلاق محذور.

٢- السنة:

هناك أحاديث كثيرة تدل على أن الطلاق دون مبرر عمل مغضوب عليه، منها قوله ﷺ: ((أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ)) <sup>(٤)</sup>.

وقوله: ((أَيُّمَا إِمْرَأَةٍ سَأَلْتُ زَوْجَهَا الطَّلَاقَ فِي غَيْرِ مَا بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَأْيُهُ الْجَنَّةِ)) <sup>(١)</sup>.

(١) أي ملك الحل والتمتع بالزوجة والا فالزوجة لا تكون محلا للملكية.

(٢) (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْتُمْ كُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا أَنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا) (النساء: ٣٤).

(٣) (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً أَنْ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ) (الروم: ٢١).

(٤) عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: ((أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ)) {ابن ماجه: ٢٠٠٨}.

### ٣- المعقول:

شرح نظام الزواج لمصلحة الفرد والأسرة والمجتمع وبقاء نوع بني الانسان، فالطلاق ابطال لهذه المصلحة، وفي ابطالها مفسدة، والمفسدة أساس كل محذور. جاء في بدائع الصنائع<sup>(١)</sup>: (وَأَمَّا الْمَعْقُول: فَمَنْ وَجَّهَ: أحدها: أن النكاح عقد مصلحة لكونه وسيلة الى مصالح الدين والدنيا. والطلاق ابطال له وابطال المصلحة مفسدة وقد قال تعالى: ﴿وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ﴾<sup>(٢)</sup>. والثاني: أن النكاح عقد مسنون، بل هو واجب فكان الطلاق قطعاً للسنة وتفويتاً للواجب فكان الأصل هو الحظر والكراهة الا أنه رخص للتأديب أو للتخلص).

### التدريج:

الرأي الراجح هو القول بان الطلاق في نفسه محذور: أولاً لسلامة أدلته.

ثانياً لما ورد على أدلة من يقول بالاباحة، مما فصله فيما يأتي:

أ - آية لا جناح عليكم تدل على نفي الجناح في حالة تطليق الزوجة قبل المساس أو عدم القرض لها، فالدليل خاص لا يثبت به حكم عام. وبالإضافة الى ذلك فان سنة الرسول ﷺ تقيد بها بحالة وجود حاجة داعية الى الطلاق. ثم أن النفي يتوجه الى الالتزامات التي تترتب على الطلاق لا الى حكمه.

ب - لم يثبت أن طلاق الرسول ﷺ والصحابة كان لغير سبب وعدم العلم بالسبب لا يستلزم عدمه في الواقع.

ج - ولا يصح قياس الطلاق على الاعتاق حيث أن في الاعتاق مصلحة وفوائد عامة وخاصة، لذا شجعه الرسول ﷺ وسهل طريقه، بخلاف الطلاق فانه لا يغلو من ضرر ما اذا لم يكن حاجة. ثم أن الزواج لا يفيد الملك والا لجاز تصرف الزوج بزوجه

(١) عَنْ ثَوْبَانَ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : (أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلْتَ زَوْجَهَا الطَّلَاقَ فِي غَيْرِ مَا بَأْسٍ فَهَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ) {ابن ماجه: ٢٠٤٥}.

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لأبي بكر بن مسعود الكاساني (ت ٥٨٧هـ).

(٣) (وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ) (البقرة: ٢٠٥).

واستعمالها واستغلالها كتصرف المالك في مملوكه، ولا يقول أحد بذلك، واستعمال الملكية في هذا المقام لا يلائم المركز الذي منحه الإسلام للمرأة.

د - ومن تتبع آيات أحكام الطلاق في القرآن الكريم، تبين له أن الطلاق دون حاجة تدعو إليه أما مكروه أو حرام. ومن تلك الآيات قوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَفْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾<sup>(١)</sup>. «وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا»<sup>(٢)</sup>. «وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا»<sup>(٣)</sup>. «وَأَنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا أَنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقَ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا»<sup>(٤)</sup>. «وَأَنْ إِمْرَأَةً خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ»<sup>(٥)</sup>. فهذه الآيات وغيرها كلها تدعو بأسلوب واضح إلى الأخذ بالخير والتروي وعدم التسرع. ولذا كان استعمال الطلاق كدواء أخير لعلاج مرض نفذت كل طرق علاجه، وآخر الدواء الكي.

هـ - وسنة رسول الله ﷺ توصي بما أوصى به القرآن وتؤكد على أن الطلاق عمل غير محبوب عند الله إذا لم يكن لضرورة، قال النبي ﷺ : ((ولا تطلقوا فإن الله لا يحب الذواقين والنواقات))<sup>(٦)</sup>. وقال صلى الله عليه وسلم كناية عن محظورية الطلاق:

(الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ قَالَ الصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَفْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا) (النساء: ٣٤).

(وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا) (النساء: ٢١).

(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَفْضُلُوهُنَّ لَتَذْفَبُنَّ بِمَا يَبْغِضُ مَا اتَّيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا) (النساء: ١٩).

سورة النساء: ٣٥.

(وَأَنْ إِمْرَأَةً خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَأَنْ تَحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا) (النساء: ١٢٨).

(٦) كشف الخفاء ٣٠٢/٢.

((ولا تطلقوا فان الطلاق يهتز منه العرش))<sup>(١)</sup>. وقال ﷺ: ((أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ))<sup>(٢)</sup>. والمراد بالخلال ما يقابل الحرام فيشمل المباح والمندوب والواجب والمكروه فلا منافاة بين البغض وبين الحل.

و - المعقول: أن المصلحة أساس التشريع الاسلامي بدليل قواعده الكلية منها قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾. ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾. وقال النبي ﷺ: ((لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ))<sup>(٣)</sup>. وقد فرّع الفقهاء من هذا القول قواعد فقهية كلية منها: (المشقة تجلب التيسير)، (الضرر يزال)، (الضرر لا يزال بمثله)، (يتحمل ضرر خاص لدفع ضرر عام)، (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف)، (الضرورات تقدر بقدرها)<sup>(٤)</sup>، (الضرر يدفع بقدر الامكان). ولا يصح لأحد أن يقول بوجود مصلحة في الطلاق اذا لم يكن حاجة ملحة تدعو اليه.

ز - اختار هذا الرأي كثير من الفقهاء من مختلف المذاهب.

قال ابن الهمام<sup>(٥)</sup>: «وَأَمَّا سَبَبُهُ فَالْحَاجَةُ إِلَى الْخُلَاصِ عِنْدَ تَبَايُنِ الْأَخْلَاقِ وَعَرُوضِ الْبَغْضَاءِ الْمَوْجِبَةِ بِعَدَمِ إِقَامَةِ حُدُودِ اللَّهِ. وَجَاءَ فِي الْجَوْهَرَةِ<sup>(٦)</sup>: الْأَصْلُ فِي الطَّلَاقِ الْحَظَرُ لَمَّا فِيهِ مِنْ قَطْعِ النِّكَاحِ الَّذِي تَعَلَّقَتْ بِهِ الْمَصَالِحُ الدِّينِيَّةُ وَالْدُنْيَوِيَّةُ.

وقال ابن تيمية في فتاواه: (ولولا أن الحاجة داعية الى الطلاق لكان الدليل يقتضي تحريره كما دلت عليه الآثار والأصول). وجاء في الروضة الندية<sup>(٧)</sup>: وهو جائز بنص الكتاب ومتواتر السنة واجماع المسلمين ولكنه يكره مع عدم الحاجة.

(١) المرجع السابق.

(٢) عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: (أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ) {ابن ماجه: ٣٠٨/٢}.

(٣) عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ) {ابن ماجه: ٢٣٣٢}.

(٤) يراجع الاستاذ شفيق العاني الفقه الاسلامي ومشروع القانون المدني الموحد في البلاد العربية ص ١١١ مجلة الأحكام العدلية المواد (١٧، ١٩، ٢٠، ٢١، ٢٢، ٢٥، ٢٦، ٣١).

(٥) يراجع شرح فتح القدير ٢١/٣.

(٦) الجوهرة النيرة على مختصر القدوري ١٠٠/٢.

(٧) الروضة الندية شرح الدرر البهية للبخاري ٤٥٠/٢.

وقال الغزالي<sup>(١)</sup>: وإنما يكون مباحاً إذا لم يكن فيه إيذاء بالباطل ومهما طلقها فقد آذاها ولا يباح إيذاء الغير إلا بمجناية من جانبها أو بضرورة من جانبه. قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْتُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِمْ سَبِيلاً﴾.

**الحكم الثانوي للطلاق:** الطلاق من حيث أنه سبب لانتهاء الرابطة الزوجية حكم وضعي. ومن حيث أنه تصرف أنفرادي أو اتفاق للزوجين على إنهاء تلك الرابطة، يتعلق به حكم تكليفي من وجوب أو حرمة أو غيرهما، فهو بهذه الحيثية وبالنسبة إلى أسبابه وظروفه تعتوره الأحكام الخمسة:

١- واجب كطلاق المولي إذا توافرت شروطه.

٢- مندوب كطلاق من ساء سلوكها.

٣- حرام كطلاق الحائض أو النفساء أو الحامل دون مبرر.

٤- مكروه كالطلاق دون ما يدعو إليه.

٥- مباح كالطلاق لحاجة.

هذا ما ذهب إليه بعض الفقهاء كالشافعية<sup>(٢)</sup> والحنابلة<sup>(٣)</sup>.

وقال الآخرون كالمالكية<sup>(٤)</sup> والجعفرية<sup>(٥)</sup> والنووي من الشافعية<sup>(٦)</sup>: الطلاق لا يكون مباحاً مهما كان السبب، لأنه لا يمكن أن يتساوى طرفاه، بل هو أمّا راجع (واجب أو مندوب) أو مرجوح (حرام أو مكروه).

ونرى أن هذا الرأي الثاني أرجح من الأول لأن الطلاق في الإسلام محظور إلا لضرورة وعندها أمّا واجب أو مندوب فلم يبق مجال لحكم الإباحة.

(١) إحياء علوم الدين كتاب آداب النكاح ٥٥/٢.

(٢) يراجع مغني المحتاج ٣٠٧/٣.

(٣) يراجع المغني والشرح الكبير ٢٣٤/٨. الاقناع ١٢/٣.

(٤) يراجع الدردير علي خليل ٤٢٣/٢.

(٥) يراجع الروضة البهية ١٥١/٢.

(٦) يراجع شرح النووي على مسلم ٦١/١١.

## المبحث الثاني

### حكمة تشريع الطلاق

الزواج عقد لا يشبه أي عقد آخر من حيث طبيعة المحل. والحقوق والالتزامات المترتبة عليه، ومن حيث الغاية المتوخاة من أنشائه.

فمحل عقد الزواج ليس حقاً مالياً مادياً، وإنما هو حل تمتع كل من الزوجين بالآخر. والآثار المترتبة عليه ليست حقوقاً مادية، وإنما هي رحمة ومودة، وسكينة، ووثام وانسجام، وحب متبادل، وشركة في السراء والضراء... والغاية المقصودة من أنشائه ليست كسب ربح مالي أو درء خسارة مادية، وإنما هي التناسل والتوالد والمساهمة في استمرار حياة بني نوع الإنسان بما يتفق وكرامته وسيادته في هذا الكون اللامتناهي. ولكن على الرغم من هذه الأهمية والخطورة للزواج فإنه قد لا يحظى بنجاح.

وقد قيل قديماً وحديثاً:

ليس كل ما يتمنى المرء يدركه تجري الرياح بما لا تشتهي السفن

فقد يخون البصر ويخدع الشعور في اختيار شريك الحياة، فالاقتران قد يبني على اختيار خاطئ، أو تقدير غير سليم، فتكشف الأيام أثناء الحياة الزوجية لكل منهما ما لا يرتضيه الآخر من طباع وخلق بعد تيسر الفرص لأن يرى كل صاحبه على حقيقته دون خداع أو تظاهر.

أو قد يطرأ بعد الزواج أمر خارج عن إرادتهما فيكدر صفوة الحياة الزوجية. أو قد يحدث الشقاء والتنافر بتدخل الأهل والأقارب والأصدقاء باسم المصلحة أو النصح، فينقلب أساس كيانهما إلى معول هدام فتتقلب القلوب، ويتحول الحب إلى البغض، والوثام إلى الشقاق، والمودة إلى السكينة إلى الفوضى.. أو قد تتسرب الشكوك من مسامات متنوعة فتزيل الثقة بينهما، وتجسد الأوهام فتمنحها زوراً وبهتاناً معالم الحقائق، فيتحول كل شيء في تفكيرهما إلى عكسه، فيفقدان الصواب في كل صغيرة وكبيرة.

وبعد هذا وذالك ليس من الحكمة إرغام طرف على قبول استمرار هذا الكيان الزوجي الهزيل الهش، الذي يزيد يوماً بعد يوم من تفاقم الشر واستفحال الأمر، والذي قد يؤدي

بهما أو بأحدهما الى سلوك اجرامي، أو انحراف خلقي، أو أية ظاهرة صحية أو اجتماعية أخرى تعرض حياتهما للخطر.

لهذا، بل وأكثر من هذا أصبح الطلاق أمراً ضرورياً لجأت اليه الأمم قديماً وحديثاً، وأقرته الشرائع السماوية، وأخذت به القوانين الوضعية الا ما شذ منها.

والاسلام بحكم كونه ديناً فطرياً من الطبيعي أن يقر هذا النظام بتشريع يحقق مصلحة الأسرة والأمة، بشكل يكون بعيداً عن التعسف. فهو لم يسمح للرجل أن يعتبر المرأة سلعة تباع وتشترى، بل رفع مكانتها وأقر لها حقوقها الطبيعية التي كانت محرومة من أكثرها. ووضع للطلاق أركاناً وشروطاً، وحدد له حدوداً، وفرض على ارادة الزوج قيوداً بحيث لن يتمكن من أن يعتبره عملاً كيفياً يقدم عليه متى شاء ولأي سبب أراد. وبذلك قد أخذ مسلكاً وسطاً بين الافراط والتفريط المتمثلين في نظام طلاق الكاثوليك والبروتستانت من المسيحيين، ونظام طلاق الربانيين من الموسويين. واعتبره دواءً مُركّزاً يتعاطاه المرضى في بعض الأحيان، فان أحسنوا استعماله أدى الى نتيجة حسنة، وان أساءوا الاستعمال - كما هو الوضع السائد المؤسف في العالم الاسلامي اليوم - جلب الفوضى والويل والمآسي على الفرد والمجتمع.

## المبحث الثالث

### من له حق الطلاق

قد يتصور البعض أن أفراد الرجل بحق الطلاق أمر كثيراً ما يتحكم فيه ولو كان للمرأة فيه رأي، أو كان بإشراف من الحكمة لكان بعيداً عن مجالات التعسف، ومن هنا يتساءل المرء إذا كان الأمر كذلك فلماذا اختص الرجل بهذا الحق في الإسلام على الرغم من شجبه لكل حكم فيه ضرر وتعسف؟ وتوضيح هذه الحقيقة يحتاج إلى مناقشة الشقوق المتصورة في هذا الموضوع، والاحتمالات العقلية خمسة:

١. أمّا أن يكون الطلاق بيد المرأة وحدها.
٢. أو بيد الرجل وحده.
٣. أو أن يتم باتفاق الطرفين.
٤. أو أن يكون عن طريق المحكمة.
٥. أو أن يكون بيد الرجل وتعطى المرأة فرصاً للطلاق.

#### ١- الطلاق بيد المرأة وحدها:

لاستقيم الشق الأول لأسباب كثيرة منها:

أ/ أن الطلاق والزواج نظامان بنيا في المجتمعات الأولى على عادات الفطرة: فالذكر يطلب الأنثى، ولا تطلبه هي، والرجل يخطب المرأة وهي لا تخطب، والرأي في الترك فطرياً يكون لمن له الرأي في الطلب، وعلى هذه العادة الفطرية جرى الإسلام فلم يمنح هذا الحق للمرأة وحدها.

ب/ الطلاق تصرف تترتب عليه تبعات مالية - فيلتزم الزوج بدفع المهر الكامل إلى زوجته، وبتسديد نفقات العدة والأولاد وأجور الحضانة بالإضافة إلى نفقات الزواج الجديد أن أراد ذلك.



فليس من العدل والانصاف أن يلزم شخص بما يترتب على عمل الغير وتكون التزاماته حقوقاً لهذا الغير. ثم أن هذه التبعات المالية تحمل الزوج على التروي وضبط النفس وتدبر الأمر قبل الاقدام على الطلاق وتجعله يحرص على بقاء الزوجية ما لم تكن هناك ضرورة ملحة.

ت- أن المرأة بحكم خلقتها الطبيعية أكثر أنفعالاً واندفاعاً من الرجل بالعوارض والظروف التي تواجهها في حياتها، فلو منحت وحدها حق الطلاق لأساءت التصرف به لأنها قد لا تبالي كثيراً بالنتائج وهي في ثورانها وغضبها. وقد اثبتت التجارب التي مرت بها بعض الأمم القديمة أن منح المرأة حق الطلاق كان عاملاً فعالاً في كثرة حوادث الطلاق كما كان ذلك عند الرومان في العهد الكلاسيكي، وعند بعض قبائل العرب في الجاهلية.

## ٢- بيد الرجل وحده :

قد تطرأ على الحياة الزوجية عوارض اضطرارية أو اختيارية تضر بمصلحة الزوجة اذا استمرت الحالة. كغياب زوجها، أو الحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية، أو كإصابته بمرض معد لا يرجى شفاؤه، أو كامتناعه عن الانفاق عليها، أو كسوء معاملته معها... فلو جردت المرأة من حق الطلاق ومنح للرجل وحده في هذه المجالات لاصبحت ضحية هذه الحوادث. لذا منحها الاسلام في هذه الحالات سلطة طلب الطلاق من القضاء حفظاً لمصلحتها بالتطبيق، ولمصلحة زوجها بتدخل المحكمة.

## ٣- بيد الرجل والمرأة معاً :

الاسلام يقر الطلاق باتفاق الزوجين كما في صورة الخلع اذا كان بعيداً عن التعسف، الا أن تحقق توافق الطرفين على الطلاق في جميع المجالات يكاد يكون مستحيلاً إذ كثيراً ما يعاند احدهما بقصد الإضرار بالآخر.

#### ٤- التطليق من المحكمة:

هذه الطريقة متبعة في الشريعتين (الموسوية والمسيحية) وفي كثير من القوانين الوضعية، فلا يجوز الطلاق فيها الا أمام المحكمة المختصة وبإشراف منها. أما الاسلام فانه لم يقر ذلك لمساويء كثيرة منها: فضح الأسرار الزوجية أمام المحكمة وغامي الطرفين. وقد تكون هذه الأسرار مخزية تسيء الى سمعة العائلة، وتحطم مستقبل الزوجة. لنتصور أن رجلاً اشتبه في سلوك زوجته، وأراد أن يطلقها بإشراف من المحكمة فكم تكون فضائح هذا العمل؟ وكم يكون تأثير أنتشاره على سمعة الزوجين والأقارب؟ ثم أن دوافع الطلاق قد تكون أموراً باطنية كالكرهية لا يمكن الاستدلال عليها بالبينات والأمارات، ولا يعرفها الا صاحبها، ويكون بذلك خارجاً عن نطاق سلطة المحكمة.

#### ٥- بيد الرجل واعطاء المرأة فرصاً عند الحاجة:

أقر الاسلام هذه الطريقة الاخيرة السليمة فاعتبر الطلاق حقاً طبيعياً للرجل لانه ينسجم مع التزاماته نحو زوجته وأولاده وبيته. فما دام الرجل هو الذي يلزم بدفع المهر وتسديد النفقات فمن حقه أن يكون بيده إنهاء رابطة الزوجية عملاً بقاعدة (الفرم بالغنم)، ولانه غالباً أضبط أعصاباً وأكثر تقديرأ بنتائج الطلاق في سريعات الغضب والثوران، فلا يستخدم هذا الحق الا بعد اليأس من نجاح سعادته الزوجية.

ولم ينس الاسلام حق الزوجة في هذا الأمر الخطير الذي يقرر مصير الزوجين، بل أعطاها حق طلب الطلاق من المحكمة المختصة عند حدوث ما يضر بمصلحتها من الناحية المعاشية، أو الصحية، أو الجنسية.

ولها أيضاً حق التطليق عن طريق التفويض سواء منحت هذا الحق حين عقد الزواج كما قال بعض الفقهاء أم بعده أثناء قيام الحالة الزوجية.

والاسلام اذ منح الزوج حق الطلاق فانه لم يتركه حراً في ارادته يتصرف بهذا الحق حسب اهوائه، بل حدد له حدوداً ووضع له اجراءات شكلية يجب عليه اتباعها، ومنها المراحل التي بينها القرآن الكريم.

## المبحث الرابع

### خطوات الطلاق

حرصاً على استمرارية الحياة الزوجية، وعدم تحطيم مؤسسة الأسرة على رؤوس من فيها من الكبار والصغار ممن لا ذنب لهم، وتشجيعاً على عدم الاستسلام لبوادر النشوز والكراهية والخلاف والشقاق... بالتسرع في فصح جبل رباط الزوجية: شرع سبحانه وتعالى في دستوره الأخير ( القرآن ) خطوات و مراحل بطيئة لانهاء علاقة الزوجية، وأمر باتباعها بصورة تدريجية علها أن تؤدي الى اعادة صفة كدرة، ومودة هدرت، حتى تستقيم الحياة الزوجية وتستقر فتستمر.

فالمراحل كما حددها القرآن الكريم هي الثماني الآتية :-

#### المرحلة الأولى: الموعظة (فَعْظُوهُنَّ):

أمر القرآن الزوج في حالة نشوز زوجته: أن يتبادر الى طريقة النصح، والارشاد، والتوجيه والتنبيه على اخطائها، بدلاً من اللجوء الى الطلاق فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾<sup>(١)</sup>.

هذه الطريقة هي أول واجبات رب الأسرة لاصلاح كل ما يتعرض للفساد، لانه عمل تهديبي مطلوب لأهل الأسرة بأسرها. يقول سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ﴾<sup>(٢)</sup>. والوعظ مقصود بالذات هنا لهدف معين هو معالجة بوادر نشوز الزوجة قبل أن يستفعل الأمر فتترتب عليه نتائج سلبية. لكن الزوجة قد

<sup>(١)</sup> ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْبِرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾ النساء: ٣٤.

<sup>(٢)</sup> ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ عَلَيْهَا مَلَائِكَةٌ غِلَظٌ شِدَادٌ لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ﴾ التحريم: ٦.

تطفئ بجمالها أو مالها أو حسبها، أو غير ذلك كما يقول سبحانه وتعالى: ﴿كَلَّا أَنْ الْإِنْسَانَ لِيَطْفَأَ \* أَنْ رَأَاهُ اسْتَغْنَى﴾<sup>(١)</sup> فهي قد لاتتأثر بالموعظة الحسنة فعندئذ على الزوج أن يغير الأسلوب باتخاذ المرحلة التالية:

### المرحلة الثانية: الهجر في المضاجع (وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ):

المضجع موضع الاغراء، وهجره أسلوب نفسي يتخذه الزوج لتنبيه زوجته على أنها سوف تلاقى مصير الحرمان من مضجعها الذي يمثل قمة علاقة الزوجية في المودة والرحمة والسكينة، كما يقول سبحانه وتعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً أَنْ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾<sup>(٢)</sup>

لكن التربية الأخلاقية الإسلامية تأمر الزوج بان يلتزم بما يلي:

١. ألا يكون الهجر الا في مكان خلوة الزوجين.
  ٢. ألا يهجرها أمام الاطفال حتى لا يؤثر ذلك على سلوكهم ويسورث في نفوسهم الشر والفساد.
  ٣. ألا يكون هجراً أمام الغرباء لئذل الزوجة، ويقلل من شأنها، أو يستثير كرامتها فتزداد نشوؤاً، لان المقصود علاج النشوز، لا اذلال الزوجة، ولا افساد الاطفال.
- واذا فشلت هذه الطريقة بما تحمله الزوجة من النفسية الشريرة فعلى الزوج أن يلجأ الى أسلوب آخر يتناسب مع هذه النفسية وهو الخطوة التالية.

### المرحلة الثالثة: الضرب (وَأَضْرِبُوهُنَّ):

كما أن لأي داء دواء خاصاً فان لعلاج كل تمرد أسلوباً متميزاً يتلائم مع حجم العصيان. وانما أمر الله بالضرب لان الزوج أمام ثلاثة خيارات لا رابع لها: أما اللجوء الى القضاء فيه فضح اسرار العائلة وأما الطلاق وفيه تفكيك الأسرة. وأما ضرب غير مبرح (لا يؤذي ولا يؤلم ولا يجرح)، فالضرب هو الأصوب.

(١) سورة العلق: ٦-٧.

(٢) سورة الروم: ٢١.

وقد يزعم البعض أن أسلوب الضرب ليس اختياراً حكيماً. فأقول لهم: أجل، الضرب بمفهومهم السقيم ليس من الحكمة. ولكن هذه الطريقة ليست معركة بين الرجل والمرأة يراد لها بهذا الأسلوب تحطيم رأس المرأة حين تتهم بالنشوز، أن هذا قطعاً ليس من الإسلام، إنما هو تقاليد في بعض الأزمان نشأت مع هوان الانسان. فأمر الإسلام يختلف في الشكل والصورة وفي الهدف والغاية.

فالضرب كالطلاق بغيبض لكنه أهون الشرين، وقد أكد ذلك الرسول الكريم (ﷺ) في كثير من أقواله منها: (لا يجلد احدكم امرأته جلد عبد ثم يجامعها في آخر اليوم).<sup>(١)</sup> وقال عن الذين يضربون نساءهم: (ولا تجدون أولئكَ خياركم).<sup>(٢)</sup>

وقال: (ولا يضرب الا أشراككم).<sup>(٣)</sup> ويستنتج من هذه الأحاديث الشريفة أن الضرب لا يكون الا عقاباً لزوجة ترتكب عملاً منافياً للأخلاق والآداب العامة وهذا العقاب لا يكون بالطلاق لان العقوبة يجب أن يقتصر أثرها في شخص الجاني في حين أن الطلاق له اثار سلبية على الزوجين والأولاد أن وجدوا واسرتيهما وهذا يخالف قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾.<sup>(٤)</sup> وكذلك لا يكون العقاب من المحكمة لان وصول الأمر اليها يؤدي الى أنتشاره وبالتالي الى اساءة سمعة الأسرة وقد فهم السلف الصالح هذه الحقيقة فالقاضي شريح الذي عينه عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) قاضياً على البصرة ومارس القضاء (٦٣) سنة: كان عندما يثور غضبه ويتأثر من زوجته (زينب) يأخذ سواكه الذي يسمح به أسنانه عند الصلاة ويشير به اليها، مهدداً به اياها قائلاً:

رأيت رجالاً يضربون نساءهم □ فشلت يميني حين أضربُ زينبا

اذن الضرب الذي أمر به القرآن غير الضرب الذي يفهمه الجهولة. واستصحاب الهدف لهذه الاجراءات يابى أن يكون الضرب تعذيباً للانتقام والتشفي، ويمنع أن يكون اهانة

(١) ينظر فتح الباري بشرح صحيح الإمام ابي عبدالله محمد بن اسماعيل البخاري للأمام الحافظ احمد بن علي بن حجر العسقلاني (٧٧٢-٨٥٢هـ)، باب ما يكره من ضرب النساء. وقوله تعالى (واضربوهن) اي ضرباً غير مبرح، (٩/٣٠٢).

(٢) الشوكاني، نيل الأوطار (٦/٢٣٨).

(٣) الطبقات الكبرى ٧/١٤٨.

(٤) (الانعام: ١٦٤).

وتذليلاً وتحقيراً للزوجة، ويرفض أن يكون للمقسر والارغام على معيشة لا ترضاها. <sup>(١)</sup> وجدير بالذكر أن الضرب لا يجوز إلا في حالة ارتكاب الزوجة جريمة أخلاقية كما ثبت ذلك في السنة النبوية .

تلك الخطوات الثلاث تتبّع إذا كان النشوز من الزوجة، أمّا إذا كان من الزوج ف القرآن يأمر باتباع الخطوة التالية.

### المرحلة الرابعة: الصلح (وَالصُّلْحُ خَيْرٌ):

وجّه القرآن الزوجين الى التصالح والتفاوض والتفاهم كلما بدت بوادر نشوز الزوج، قال سبحانه وتعالى: ﴿وَأَنْ إِمْرَأَةً خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ <sup>(٢)</sup>.

هذه خير طريقة للتنظيم الاجتماعي في محيط الأسرة حين يخشى وقوع ظاهرة النشوز، والاعراض من قبل الزوج، تهدد مركز المرأة وكرامتها، وأمن الأسرة واستقرارها.

قبل أن يصل الأمر الى الطلاق الذي هو أبغض الحلال الى الله أو ترك الزوجة تعيش بين حالتي البقاء والطلاق. وقد شجع القرآن الزوج على التفاهم وقبوله الصلح الذي هو خير له ولزوجته وأولاده لانه قد يكون محطناً في كراهة زوجته فقال سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَجْعَلْ لَكُمْ أَنْ تَرْتَوْا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لَتَذهِبْنَ بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَمَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾ <sup>(٣)</sup>.

تلك الخطوات الأربع تتبّع حين يكون الطرف المقصر من الزوجين معلوماً. أمّا في حالة شقاق يتهم كل منهما بالتقصير والتسبب فيه فان القرآن يأمر بتدخل جهة ثالثة من الأهل والأقارب لاصلاح ذات البين عن طريق التحكيم.

<sup>(١)</sup> ينظر سيد قطب، في ظلال القرآن ٦٤/٥.

<sup>(٢)</sup> (النساء: ١٢٨).

<sup>(٣)</sup> (النساء: ١٩).

## المرحلة الخامسة: التحكيم (فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا) <sup>(١)</sup>

حين ظهور بؤادر الشقاق والخلاف بين الزوجين على أسرتهما، أو وليّ الامر، أو قاضي أو اية جماعة اسلامية: التدخل بتقديم العون والمساعدة لرفع ضرر الشقاق بالاسلوب الذي امر به القرآن في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا أَنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا أَنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ <sup>(٢)</sup>

وتنفيذ هذا الأمر الالهي لدراسة شقاق الزوجين يتطلب توفر ما يلي:

- أ- ان يبعث حكم من اهلها ترتضيه، وحكم من اهلها يرتضيه.
- ب- ان يكون الحكمان عادلين خبيرين بشؤون العائلة ومشاكلها.
- ج- ان يكونا من اقارب الزوجين أن أمكن، فان لم يكن لهما اهل، أو كان ولم يكن فيهم من يصلح لذلك لعدم الخبرة أو العدالة أو غير ذلك... فيستحب أن يكونا جارين. <sup>(٣)</sup> وحكمة اشتراط كون الحكمين من الأهل هي سعة اطلاعهما على مشاكل الزوجين، وحرصهما على سمعة الأسرتين، ووفرة شفقتهما على الأولاد، وتوقع نجاح مهمتهما غالباً.
- د- ان يكونا محايدين تكون غايتهما هي الاصلاح دون تمييز وتفریق واغياز.
- هـ- ان يجتمع الحكمان مع الزوجين في جو من الهدوء بعيداً عن الانفعالات النفسية، والترسبات الشعورية والملابسات المعيشية، وغيرها من الأسباب الموجبة لتكدير صفوة الحياة الزوجية.
- و- ان يرفعا تقريراً صادقا أميناً نزيهاً متضمناً للأسباب الحقيقية لخلاف وشقاق الزوجين، محددین فيه الجهة المقصرة منهما.

<sup>(١)</sup> النساء: ٣٥.

<sup>(٢)</sup> سورة النساء: ٣٥.

<sup>(٣)</sup> ينظر احكام القرآن لابن العربي (ابي محمد بن عبدالله). تحقيق علي محمد البجاري، الطبعة الثانية، عيسى البابي الحلبي، ١٤٢٤/١.

وإذا فشلت هذه الخطوات الخمس فأنشد يتضح أن هناك ما لا يدع الحياة الزوجية تستقيم وتستقر، ففي هذه الحالة من الحكمة الخضوع للواقع المر، للطلاق البغيض على كره من الاسلام فان الطلاق أبغض الحلال الى الله.

## المرحلة السادسة: الطلاق للمرة الأولى:

عند قيام الضرورة الملحة يسمح الاسلام باللجوء الى الطلاق الذي حدد بثلاث مرات في قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>(١)</sup> اي الطلاق الذي يجوز بعد استئناف الحياة الزوجية بالرجعة في الطلاق الرجعي<sup>(٢)</sup> ويعقد ومهرجديدين في الطلاق البائن (مرتان). ففي حالي الرجعة والعقد الجديد ليس لوليها الاعتراض لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا لِهِنَّ عَهْلًا فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>(٣)</sup>.

وقد ذهب كثير من الفقهاء والمفسرين الى أن المقصود هو أن الطلاق الرجعي مرتان فبعد كل مرة (امساك بمعروف) ارجاع الزوجة بدون عقد، (أو تسريح باحسان) ترك المطلقة دون الرجعة لتبين بعدانقضاء العدة.

ومع تقديري العظيم لمكانة هؤلاء العلماء الكرام فان كلامهم هذا يخالف لظاهر النص المذكور للأسباب الآتية:

١. لفظ (تسريح) في اصطلاح القرآن الكريم لا يعني سوى الطلاق بدليل ما ورد في سورة الاحزاب الآية (٢٨): ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجِكَ أَنْ كُنْتُمْ تُرَدُّنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَرَبَّنَّهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأَسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ والآية (٤٩): ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾.

(١) البقرة: ٢٢٩.

(٢) الطلاق الرجعي هو كل طلاق بعد الدخول بلا مقابل ولا للمرة الثالثة ولا تزال المطلقة في العدة وإذا تخلف شرط من هذه الشروط الاربعة يكون الطلاق بائناً.

(٣) البقرة: ٢٣٢.



٢. ولا يتصور أن يفسر السراح في هذين النصين بالترك حتى تنقضي العدة، وبصورة خاصة في النص الثاني الطلاق بائن لانه قبل الدخول. ومن الواضح أن القرآن يفسر بعضه بعضاً.

٣. استقر رأي جمهور فقهاء المسلمين على أن الطلاق والسراح والفراق ومشتقاتها من الصيغ الصريحة للطلاق.

٤. التسريح عمل ايجابي صادر من الانسان بارادته المنفردة، والترك عمل سلبي فلا يجوز أن يفسر الأول بالثاني.

٥. فاذا كان المقصود من (الطلاق مَرَّتَان) هو الطلاق الرجعي فأين حكم البائن، وما الحكم اذا كان الطلاق الأول قبل الدخول؟.

٦. يقول القرطبي: (قال ابو عمر: وأجمع العلماء على أن قوله تعالى (أو تسريح باحسان) هي الطلقة الثالثة بعد الطلقتين<sup>(١)</sup> وإياها عني بقوله تعالى: (فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ).

٧. ويقول ايضا: (وعن ابي رزين قال: جاء رجل الى النبي ﷺ) فقال: يا رسول الله أرأيت قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾ فأين الثالثة؟ فقال رسول الله ﷺ ﴿فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>(٢)</sup>

٨. وجاء ما يؤيد ذلك أيضاً في أحكام القرآن للجصاص<sup>(٣)</sup> وأحكام القرآن لابن العربي<sup>(٤)</sup>.

اذن قوله تعالى: (أو تسريح باحسان) حقيقة في التطليق الثالث ولا توجد قرينة تصرفه عن هذا المعنى الحقيقي. وان قوله تعالى: (فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ) بيان للحكم الذي يترتب على الطلقة الثالثة دون ذاتها. وهذا الحكم هو أنها لا تحل للزوج الأول حتى تتزوج آخر يدخل بها دخولاً شرعياً فاذا افترقا بموت أو طلاق أو تفریق قضائي وانتهت عدتها فعندئذ يجوز أن يتزوجها الزوج الأول أن رغبا في ذلك.

(١) أحكام القرآن لأبي عبدالله محمد بن احمد الانصاري القرطبي، الطبعة الثالثة ١٢٧/٣.

(٢) عمدة القارئ بشرح صحيح البخاري ٢٣٤/٢٠.

(٣) الأمام ابو بكر احمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن تحقيق محمد صادق قمحاوي نشر دار المصنف ٨١/٢.

(٤) المرجع السابق ١٩١/١.

## التزامات المطلق حين الطلاق:

إذا سمح الاسلام للزوج باللجوء الى الطلاق كعلاج أخير فإنه لم يدعه أن يتصرف في هذا الحق متى وكيف شاء، بل ألزمه بالتقيد بما يلي:

### أولاً: التفريق بين الطلقات الثلاث وتوزيعها على ثلاث مرات:

وهذا ما ينص عليه قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾. يقول الجصاص: قال تعالى (الطلاق مرتان) ولذلك يقتضي التفريق لا محالة لأنه لو طلق اثنتين معاً لما جاز أن يقال طلقها مرتين كذلك لو دفع رجل شخصاً درهمين لم يحز أن يقال أعطاه مرتين حتى يفرق الدفع فحينئذ يطلق عليه<sup>(١)</sup>. ويقول أيضاً: (فان معناه الأمر).

وسياتي تفصيل هذا الموضوع عند البحث عن الطلاق المقترن بالعدد.

### ثانياً: التوقيت

على الزوج أن يتقيد في طلاقه بالوقت المحدد له في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾<sup>(٢)</sup>. خاطب نبيه في هذه الآية لاثارة الاهتمام وتصوير الجدية.

ووقت عدتهن حددته السنة النبوية بما عدا الأوقات التالية:

١. وقت الحيض: فلا يجوز طلاق الزوجة إذا كانت حائضاً.
٢. وقت النفاس: ولا يجوز الطلاق إذا كانت نفساء.
٣. وقت طهر عاشرها فيه: فلا يجوز الطلاق فيه لاحتمال تكون الحمل.<sup>(٣)</sup>

(١) أحكام القرآن للجصاص المرجع السابق ٧٣/٢-٧٤.

(٢) الطلاق: ١.

(٣) لمزيد من التفاصيل فتح الباري بشرح صحيح البخاري المرجع السابق (٩/٣٤٥) كتاب الطلاق، باب قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَخْصُوا الْعِدَّةَ﴾ ويراجع زاد المعاد في هدى خير العباد محمد خاتم النبيين وأمام المرسلين للأمام العلامة ابن قيم الجوزية (٤/٤٣) وما بعدها تحت عنوان (حكم رسول الله ﷺ) في تحريم طلاق الحائض والنساء والموطنة في طهرها وتحريم إيقاع الثلاث جملة. المدونة الكبرى في فقه

### ثالثاً: عدم اخراجهن من بيت الزوجية:

إذا كان الطلاق رجعياً حتى تنقضي عدتها. ويؤمن لها ما تحتاجه ما دامت في العدة من مطعم، وملبس، ومشرب، ومسكن.

وذلك لقوله تعالى: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَذَرِي لَئْلِ اللَّهِ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾<sup>(١)</sup>.

وفيه الأمر بتقوى الله قبل الأمر بعدم اخراجهن تحذير موجه الى الأزواج وكذلك في (وتلك حدود الله) ثم تعبير (من بيوتهن) لتوكيد حقهن في الإقامة بها بعد فترة العدة. وفي الفقرة الأخيرة ﴿لَا تَذَرِي لَئْلِ اللَّهِ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾<sup>(٢)</sup>. تعليل لعدم اخراجهن وذلك لاتاحة الفرصة للرجعة، واستئناف عواطف الحب والمودة والوئام بالتفكير في نتائج الافتراق وذكرىات الحياة المشتركة حيث تكون الزوجة بعيدة بحكم الطلاق قريبة من العين. وخلال فترة العدة له الحق في أن يراجعها بدون عقد جديد بالفعل والقول عند بعض الفقهاء، وبالقول فقط (كراجعتك) عند الآخرين. والفعل كالمعاشرة الزوجية. وإذا أنتهت العدة لا يحق له اعادتها الا بعقد جديد.

### رابعاً: الاشهاد على الطلاق والرجعة:

فعلى الزوج أن يطلق بحضور شاهدين وان يراجع زوجته أمام شاهدين حتى يكون بعيداً عن مواضع التهم. والاشهاد في هاتين الحالتين نص عليه القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾<sup>(٣)</sup>. والأمر بحضور شاهدين عادلين للوجوب لان الوجوب هو مقتضى أمر الله ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.

المالكي (٥/١٠٤)، المحلي في الفقه الظاهري (١٠/١٦٤)، الشوكاني نيل الأوطار (٦/٢٢٦).

(١) (الطلاق: ١).

(٢) (الطلاق: ١).

(٣) (الطلاق: ٢).

### خامساً: عدم اكراه الزوجة:

على أن تُردَّ إليه شيئاً من الصداق، أو نفقة أنفقها أثناء الحياة الزوجية في مقابل تسريح الزوجة إذا لم تصلح حياته معها. لكن إذا دفعت شيئاً من ذلك برضاها إلى الزوج مقابل الطلاق لأنها تكرهه وتريد التخلص منه مهما كلف الثمن فلا بأس في ذلك. ويسمى هذا الطلاق في اصطلاح الفقهاء (الخُلْع).

قال سبحانه وتعالى بعد قوله: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾<sup>(١)</sup>.

فهذا النص يدل على مدى حرص الاسلام على حماية المرأة من الظلم الذي قد تتعرض له حين الطلاق.

وإذا استأنفا الحياة الزوجية بعد الطلاق الأول ثم رجع الخلاف والشقاق وسوء التفاهم فعلى الزوج أن يتبع الخطوات الخمس التي سبقت الطلاق الأول بنفس الترتيب. وإذا فشلت المحاولات يجوز للزوج التطليق مرة ثانية.

### المرحلة السابعة: التطليق مرة ثانية

على الزوج في هذه المرة أيضاً أن يراعي جميع القيود التي فرضت على ارادته في الطلاق الأول من تفريق، وتوقيت، وأشهاد، وعدم اخراج الزوجة إذا كان الطلاق رجعياً حتى تنقضي عدتها.

وإذا عادا إلى حياتهما الزوجية بعد الطلاق الثاني أمّا بالرجعة عندما يكون الطلاق رجعياً أو بعقد جديد حين يكون بائناً ثم رجعا إلى نفس المأساة فعلى الزوج أيضاً اتباع الخطوات الخمس الأولى، فإذا لم يجد نفعاً فله اللجوء إلى الطلقة الثالثة والأخيرة.

## المرحلة الثامنة: التطليق مرة ثالثة:

فاذا تم استيفاء الطلقات الثلاث تترتب عليه الأحكام الآتية:

١. عدم جواز ابقاء الزوجة في بيت الزوجية لانها اصبحت بائنة ومحرمه.
٢. عدم جواز اعادة الزوجة لا بالرجعة ولا بعقد جديد للبينونة الكبرى.
٣. للزوجة بعد انتهاء عدتها أن تختار زوجاً آخر شريكاً لحياتها الزوجية.
٤. يجوز لها الرجوع الى الزوج الأول بالشروط التالية:
  - أ- ان تتزوج زوجاً آخر زوجاً شرعياً.
  - ب- ان يدخل بها الزوج الثاني دخولاً شرعياً طبيعياً.
  - ج- ان يحصل الافتراق بالموت أو الطلاق أو التفريق القضائي.
  - د- ان تنتهي عدتها من هذا الافتراق.

فاذا توفرت هذه الشروط يجوز للزوج الأول أن يتزوجها اذا رغباً في ذلك لان كلا منهما مرّ بالتجربة العملية فيتوقع نجاح الزواج بعد هذه التجربة.

## حكمة هذا الإجراء:

١. ان الطلقة الثالثة تعتبر حتمية لاستفحال الخصومة بين الزوجين. وفسح المجال لهما من الشارع الحكيم أكثر من ذلك (طلاق فأمساك ففراق فعودة فسراح): اقرار للعبث واستمرار لتعاسة لا نهاية لها.
٢. تعليق جواز العودة - بعد الطلقة الثالثة - بالتزوج من زوج ثان قيد آخر اضافته الشارع الحكيم الى القيود الأخرى على الارادة في الطلاق تضيقاً لدائرته.
٣. ان تجربة الزوجة مع الزوج الجديد قد توضح أمامها كل حقيقة فتميز صوابها من خطأها بعد مقارنتها بين الحياتين مع الزوجين. وقل مثل ذلك بالنسبة الى الزوج أيضاً.

وفي ختام هذا المبحث فأعود وأقول للقراء الكرام تلك هي المبادئ العامة في اجراءات الطلاق أقرها القرآن الكريم بوضوح وهي حكيمة وسليمة لا تسمح للزوج أن يتسرع الى رباط الزوجية فيفصمه لأول وهلة ولأتفه الأسباب، ولا يدع هذا الرباط المقدس الروحي يفلت الا بعد المحاولة واليأس، وانه يهتف بالرجال: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ

فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا<sup>(١)</sup>.

ولكن شتان ما بين ما يأمر به القرآن الكريم وبين ما يعملُه أكثر المسلمين في العالم الاسلامي.

واقول بمرارة وكلكم معي: (لقد تحول هذا الدستور العظيم الخالد من التطبيق على الاحياء الى أغنية المقابر يتَرنَّم ويتغنَّى به للأموات)؟؟؟

## حكم التحليل:

لهذا الموضوع صلة وثيقة مع ما سبق من انتهاء العلاقة الزوجية بالطلقة الثالثة، وتحريم الزوجة، وعدم جواز استئناف الزواج الا بعد أن تنكح زوجا غيره. وذلك لان التحليل: هو أن تتزوج المطلقة ثلاثاً رجلاً آخر بعد العدة بتواطئ مضمونه: أن يطلقها بعد معاشرتها حتى تحمل للأول بعقد جديد.

وقد اختلف فقهاء المسلمين في حكم هذا الزواج كما يلي:

أ- قال أبو حنيفة وصاحبه محمد: العقد صحيح مطلقا سواء ذكر شرط التطبيق في عقد الزواج أو قبله أو لم يذكر، لان الشرط باطل وليس مبطلاً. بناء على أصلهم: (ان الشرط الفاسد لا يؤثر على صحة العقد المقتن به). اذا لم يكن عقد معاوضة. أما بالنسبة الى حلها للأول فقد روي عن ابي حنيفة روايتان: إحداها ترفض الحل على الرغم من صحة زواج التحليل.<sup>(٢)</sup> وقال محمد بعدم الحل لا لبطلان زواج التحليل، بل لان الزواج عقد العمر فيقتضي الحل للأول أن يموت الثاني أو يطلقها طلاقا إعتياديا فبشرط التحليل يصير مستعجلاً للحل فيجازي بمنع مقصوده، كما في حرمان الوارث القاتل لمورثه من الميراث.<sup>(٣)</sup>

(١) النساء: ١٩.

(٢) ينظر الميزان للأمام سيد عبدالوهاب الشعراني (٢/٩٩) وفيه: (قال ابو حنيفة: اذا تزوجها على أن يطلقها المطلقة ثلاثا وشرط أنه اذا وطئها فهي طالق أو فلا نكاح، أنه يصح النكاح دون الشرط، وفي حلها للأول عنده روايتان).

(٣) ينظر شرح فتح القدير (٣/١٧٧) وما بعدها. شرح الهداية على العناية هامش فتح القدير (٣/١٧٧). الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (٢/١٢٩). كتاب الفقه على المذاهب الاربعة للجزيري (٤/٧٨).

ب- وأخذ الأمام مالك وفقهاؤه،<sup>(١)</sup> والأمام أحمد وفقهاؤه،<sup>(٢)</sup> والزيدية:<sup>(٣)</sup> باتجاه معاكس لما ذهب اليه أبو حنيفة من صحة الزواج مطلقا فقالوا: بفساده مطلقا سواء ذكر الشرط في العقد أو لا لان العبرة بالنيات والنية في زواج التحليل موجهة الى توقيته، والى شرط التطليق. وفي الحديث:

(لعن رسول الله ﷺ) المحلل والمحلل له)<sup>(٤)</sup> واللعن دليل التحريم والفساد.

ج- وذهب الشافعية،<sup>(٥)</sup> وأبو يوسف من الحنيفة،<sup>(٦)</sup> والجعفرية،<sup>(٧)</sup> والظاهرية:<sup>(٨)</sup> الى التفصيل فقالوا اذا ذكر الشرط مع العقد يكون فاسداً ولا تحل الزوجة لأول بعد الفرقه لانه شرط فاسد ومفسد.

أما اذا لم يذكر فالعقد صحيح يحقق غرض التحليل وان طلقها بعد المعاشرة حيث لا تأثير للنيات على صحة وفساد التصرفات.

### الترجيح:

الراجح من وجهة نظري هو رأي من قال بفساد عقد التحليل مطلقا للأسباب الآتية:

١- التحليل عادة جاهلية شجبتها الاسلام على لسان النبي ﷺ (لعن الله المحلل والمحلل له).<sup>(١)</sup>

<sup>(١)</sup> ينظر شرح الموطأ الأمام مالك (رحمه الله) للقاضي ابي وليد سليمان الباجي (٣/٢٩٨). بداية المجتهد ونهاية المقتصد للأمام ابن رشد (٢/٠٤٨) شرح الخرشي (ابي عبدالله محمد الخرشي) على مختصر خليل لأبي ضياء، سعدي خليل طبعة بولاق (١٣١٧هـ، ٣/٢١٦).

<sup>(٢)</sup> منتهى الارادات الأمام تقي الدين محمد بن احمد الشهير بأبن النجار، (٢/١٨٠).

<sup>(٣)</sup> ينظر التاج المذهب شرح متن الازهار في فقه أئمة الاطهار للعلامة احمد بن القاسم العنسي اليمني الصنعاني الطبعة الأولى، (٢/٢٨-٢٩).

<sup>(٤)</sup> عن ابن عباس قال: (لعن رسول الله ﷺ) المحلل والمحلل له) (ابن ماجه: ١٩٢٤).

<sup>(٥)</sup> يقول الشافعي (رحمه الله) في كتاب الام (٥/٨٠): (لو نكحها ونيته ونيته أو نية احدهما دون الآخر أن لا يسكها الا قدر ما يصيبها فيحللها لزوجها ثبت النكاح).

<sup>(٦)</sup> ينظر شرح فتح القدير، والجوهره، والهداية، المراجع السابقة.

<sup>(٧)</sup> ينظر شرائع الاسلام (٢/٣٣)، وفيه: (أما لو لم يصرح بالشرط في العقد، وكان ذلك في نيته، أو نية الزوجة، أو الولي لم يفسد).

<sup>(٨)</sup> ينظر معجم فقه ابن حزم الظاهري، (٢/٧٢٥) المحلى لابن حزم (١٠/١٨٠) وفيه: (فلو رغب المطلق ثلاثا الى من يتزوجها ليحللها له فذلك جائز اذا تزوجها بغير شرط لذلك في نفس عقده لنكاحه اياها... فلو شرط في عقد نكاحها أنه يطلقها اذا وطئها فهو عقد فاسد).

٢- التحليل مخالف لظاهر القرآن الكريم من وجوه منها:

أ/ فيه عزم على الزواج قبل انتهاء العدة بالتواطئ وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجْلَهُ﴾. <sup>(١)</sup>

ب/ عقد وقتي ويكاد يكون الطلاق فيه امراً حتمياً في حين أن ماورد في القرآن الكريم عقد دائم وطلاق محتمل حيث قال تعالى:

﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا أَنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾. <sup>(٢)</sup>

ولو صح التحليل لقال القرآن (واذا طلقها) لان كلمة (ان) تستعمل في أمر مشكوك فيه، ولفظة (اذا) تستعمل في الأمر المحقق.

ج/ تشريع الزواج كان لمصلحة معلومة وغاية سامية فاستعماله في التحليل استعمال في غير حقيقته الشرعية وتلاعب في آيات الله وقد قال سبحانه وتعالى:

﴿وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا﴾. <sup>(٣)</sup>

٣. التحليل مخالف لسنة رسول الله ﷺ:

أ / ففي الترمذي والمسنَد من حديث ابن مسعود (رضي الله عنه) قال: (لعن رسول الله ﷺ) (المحلل والمحلل له) <sup>(٤)</sup>

قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح. وفي المسند من حديث ابي هريرة (رضي الله عنه) مرفوعاً (لعن الله المحلل والمحلل له)، وقال اسناده حسن. وفيه عن علي وعن النبي ﷺ مثله. <sup>(٥)</sup>

(١) عن علي (رضي الله عنه) قال اسماعيل واره قد رفعه الى النبي ﷺ أن النبي ﷺ قال: (لعن الله المحلل والمحلل له) ابو داود: (١٧٧٨).

(٢) (البقرة: ٢٣٥).

(٣) ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا أَنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾ (البقرة: ٢٣٠).

(٤) (البقرة: ٢٣١). ينظر فتاوي ابن تيمية (٣٣/٦) اعلام الموقعين لابن قيم الجوزية (٣/٤٣).

(٥) عن ابن عباس قال: (لعن رسول الله ﷺ) (المحلل والمحلل له) (ابن ماجة: ١٩٢٤).

(٦) زاد المعاد لابن قيم الجوزية المرجع السابق (٤/٥-٦).



ب/ وفي سنن ابن ماجة من حديث عقبة بن عامر (رضي الله عنه) قال: قال رسول الله (ﷺ):  
(إِلا أُخْبِرْكُمْ بِالتَّيْسِ الْمُسْتَعَارِ) قالوا: بلى يا رسول الله قال: (هو المحلل لعن  
الله المحلل والمحلل له).<sup>(١)</sup>

قال ابن القيم: (فهؤلاء الرواة من سادات الصحابة، وقد شهدوا بلعنة أصحاب  
التحليل وهو المحلل والمحلل له، وهذا ما أخبر عنه الله فهو خبر صادق).<sup>(٢)</sup>

ج/ عن ابن عباس سأل رسول الله (ﷺ) عن المحلل فقال: إلا أنكاح رغبة لا أنكاح  
دلسة ولا استهزاء بكتاب الله ثم تذوق العسيلة.<sup>(٣)</sup>

٤. مخالف لأثر الصحابة:

أ/ قال عمر بن الخطاب (رضي الله عنه): (لا أوتي بمحلل ولا ملل له إلا رجتهما).

ب/ وقال علي بن أبي طالب (رضي الله عنه): (لا ترجعوا إليه إلا بنكاح رغبة غير دلسة  
ولا استهزاء بكتاب الله).<sup>(٤)</sup>

٥. مخالف لأراء التابعين:

قال عبدالرزاق: أخبرنا ابن جريج قال: قلت لعطاء: فطلق المحلل فراجعها زوجها.  
قال: يفرق بينهما. وقال بكر بن عبدالله المزني: (أولئك يسمون في الجاهلية التيس  
المستعار).<sup>(٥)</sup>

٦. مخالف لأراء تابعي التابعين:

قال اسحق: (لا يمل أن يمسكها لأن المحلل لم تتم له عقدة النكاح).<sup>(٦)</sup> وقال  
الأمام مالك: (يفرق بينهما).

٧. عدم تحقق الحكمة المقصودة من قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾.

وهي أن تذوق عشرة الزوج الجديد فتعرف حق زوجها السابق إذا كانت هي  
الناشئة. وحتى يراها في عصمة غيره يعاشرها معاشرة الأزواج فيشعر ذلك في نفسه

<sup>(١)</sup> قال عقبة بن عامر: قال رسول الله (ﷺ): (إِلا أُخْبِرْكُمْ بِالتَّيْسِ الْمُسْتَعَارِ) قالوا: بلى يا رسول  
الله قال: (هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له). (ابن ماجة: ١٩٢٦).

<sup>(٢)</sup> اغاثة اللهفان لابن قيم الجوزية (١/٢٨٥).

<sup>(٣)</sup> اغاثة اللهفان (١/٢٨٧).

<sup>(٤)</sup> المرجع السابق (١/٢٨٩).

<sup>(٥)</sup> اعلام الموقعين (٣/٤٥).

<sup>(٦)</sup> اغاثة اللهفان لابن قيم الجوزية (١/٢٨٥).

بواعث الندم أن كان قد ظلمها بالطلاق. فان استأنفا عشرة جديدة من بعد ذلك رعى كل منهما حق صاحبه وعرف نعمة الله في عشرته فتدوم بينهما المودة. ولا تتحقق هذه الحكمة ما لم يكن الزواج الثاني زواج رغبة لا اصطناع فيه.<sup>(١)</sup>

٨. زواج توقيت:

لانه يتم على أساس أن المحلل اذا عاشرها يطلقها فوراً والزواج المؤقت باطل بالاتفاق.

٩. زواج بشرط:

فيشترط على المحلل أن يطلقها بعد معاشرتها حلاً.

١٠. زواج يتخلف فيه ركن الرضا:

لان الزوجة لا تقبل ولا ترضى بان يكون المحلل زوجاً لها بصورة دائمية.

١١. قول الشافعية والجعفرية والظاهرية مخالف لقوله تعالى { وان تبدوا ما في أنفسكم

أو تخفوه يحاسبكم به الله }<sup>(٢)</sup> ولقول رسول الله (ﷺ) (انما الأعمال بالنيات وانما لكل امرئ ما نوى).<sup>(٣)</sup>

قال ابن القيم: (ولا فرق عند أهل المدينة، وأهل الحديث وفقهائهم: بين اشتراط

ذلك بالقول، أو بالتواطىء والقصد فان القصد معتبرة والأعمال بالنيات،

والألفاظ لا تراد لعينها، بل للدلالة على المعاني فتترتب عليها أحكامها).<sup>(٤)</sup>

فاذا ظهرت المعاني والمقاصد فلا عبرة بالألفاظ لانها وسائل وقد تحققت غاياتها.

(١) ينظر الاستاذ زكي الدين شعبان، الزواج والطلاق في الاسلام (ص: ١٠٧).

(٢) سورة البقرة / ٢٨٤.

(٣) صحيح البخاري: (١).

(٤) ينظر زاد المعاد المرجع السابق (٤/٦).

## الفصل الثاني

### صيغة الطلاق

#### نطاقها. اقترانها بالعدد. تعليقها والحلف بها

ونوزع دراسة هذه الموضوعات على ثلاثة  
مباحث:

المبحث الأول : نطاق صيغة الطلاق

المبحث الثاني : حكم صيغة الطلاق

المبحث الثالث : حكم التعليق في صيغة الطلاق

## المبحث الأول

### نطاق صيغة الطلاق

اتفق فقهاء المسلمين على أن صيغة الطلاق لفظاً أو كتابة أو إشارة ركن من أركانه، إلا أنهم اختلفوا فيها من حيث توضييق وتوسيع نطاق دائرتها ومدى حدودها على أربعة اتجاهات نتناولها بالبحث في الفروع الأربعة التالية:

### الفرع الأول

#### صيغة الطلاق في أضيق حدودها

حصر فقهاء الشيعة الأمامية صيغة الطلاق في دائرة ضيقة ولم يعترفوا بوقوع الطلاق خارجها.

قال الطوسي<sup>(١)</sup> في كتابه الخلاف<sup>(٢)</sup>: (صریح الطلاق لفظ واحد وهو قوله: (انت طالق، أو هي طالق، أو فلانة طالق) مع مقارنة النية له، فان تجرد عن النية لم يقع به شيء.. والكنایات لا يقع بها شيء قارنها النية أو لم تقارنها).

وقال المحقق الحلي<sup>(٣)</sup> في شرائع الاسلام<sup>(٤)</sup>: (ان يقول فلانة طالق أو يشير اليها بما يرفع الاحتمال. فلو كان له واحدة فقال: زوجتي طالق صح لعدم الاحتمال... فالصيغة المتلقاة لازالة قيد النكاح: (انت طالق، أو فلانة طالق، أو هذه) وما شاكلها من الألفاظ الدالة على تعيين المطلقة).

(١) الأمام ابو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي.

(٢) الخلاف في الفقه الطبعة الثانية مطبعة تابان/طهران ١٣٨٢ هـ - ٢٣١/٢.

(٣) هو جعفر بن الحسن بن أبي زكريا يحيى بن الحسن بن سعيد الملقب بالمحقق وبالمحقق الحلي

(٦٠٢-٦٧٦ هـ).

(٤) ٥٥٠٤/٢.

وجاء في المختصر النافع<sup>(١)</sup>: (الركن الثالث الصيغة ويقتصر على طالق تحصيلاً لموضع الاتفاق).

وقال العاملي<sup>(٢)</sup> في الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية: (واللفظ الصريح من الصيغة انت، أو هذه، أو فلانة - ويذكر اسمها أو ما يدل على التعيين - أو زوجتي طالق) وينحصر عندنا في هذه اللفظة).

وقالوا: طلاق الأخرس بالاشارة المفهمة من الزوج، وبالقاء الزوجة القناع على رأسها ليكون قرينة على وجوب التستر منها<sup>(٣)</sup>.

وهم لا يرون وقوع الطلاق كتابة من دون لفظ ممن يحسنه سواء أكان الكاتب حاضراً أم غائباً على الأشهر عندهم لإصالة بقاء النكاح، وعن محمد بن مسلم عن الباقر: (وانما الطلاق أن يقول: أنت طالق). وحسنه زرارة عنه في رجل كتب بطلاق امرأته قال: (ليس ذلك بطلاق). لكن لو عجز عن النطق فكتب نأياً به الطلاق صح<sup>(٤)</sup>.

ورفضوا الطلاق بالكنائيات فقالوا: لا يقع بها شيء من الطلاق سواء أكانت ظاهرة أم خفية، وسواء نوى بها الطلاق أم لا<sup>(٥)</sup>.

والحاصل: أن الطلاق عندهم لا يقع الا بجملة متكونة مما يدل على تعيين الزوجة كاسمها أو الضمير أو الاشارة ومن لفظ (طالق) على أن تتوفر نية الطلاق لدى الزوج حين التلفظ بالصيغة.

واستدلوا على ذلك بأدلة كثيرة أهمها ما يلي:

- ١- اجماع الفرقة واخبارهم.
- ٢- الطلاق حكم شرعي يحتاج الى دلالة شرعية تدل على كونه صريحاً، وليس في الشرع ما يدل على غير ذلك.
- ٣- المرجع في ذلك ما يتعارفه الناس ولا يتعارف الا في لفظ الطلاق.

(١) ص ٢٢٢.

(٢) الشهيد السعيد زين الدين الجبعي العاملي ١٤٧/٢.

(٣) الروضة البهية ١٤٧/٢.

(٤) شرائع الاسلام المرجع السابق ٥٥/٢.

(٥) الخلاف في الفقه المرجع السابق ٢٣٢/٢.

٤- الصريح ما لا يحتمل الا معنى واحداً أو يحتمل معنيين أحدهما أظهر منه وأولى به وجميع ما عدا لفظ الطلاق يحتمل أمرين (معنيين) فصاعداً على حد واحد<sup>(١)</sup>.

٥- لا عبرة بالسراح والفرار وإن عبر عن الطلاق بهما في القرآن الكريم بقوله: ﴿أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ و﴿أو فَارِقُوهُنَّ﴾ لانهما عند الاطلاق لا يطلقان عليه فكانا كناية عنه لا صراحة فيهما والتعبير بهما لا يدل على جواز ايقاعه بهما.

٦- الأصل بقاء النكاح الى أن يثبت شرعاً ما يزيله، فغير لفظ (الطلاق) لا يعتبر من الثابت الذي يزيل هذا الأصل<sup>(٢)</sup>.

ولهذا التحديد من فقهاء الأمامية أهمية كبيرة على توضيق نطاق حوادث الطلاق فهو قيد يحدد ارادة الزوج. ولكن قد يرد عليه بعض الملاحظات منها:

١- أن هذا لا يطبق الا في العالم العربي أو بالنسبة لمن يحسن استعماله اذ لكل قوم الزواج والطلاق بلغته الخاصة اذا كان اللفظ دالاً على المقصود.

٢- من أدلتهم تعارف الناس على لفظ (الطلاق) فهذا يدل على أن أي لفظ آخر تعارف عليه الناس يجوز به الطلاق مع أنهم لا يعتبرون العرف في هذا المجال.

(١) الخلاف في الفقه المرجع السابق، ٢/٢٣١-٢٣٢.

(٢) الروضة البهية المرجع السابق، ٢/١٤٧.

## الفرع الثاني

### حصر الصيغ في طلاق وفراق وسراح ومشتقاتها

حصر فقهاء الظاهرية صيغة الطلاق في ألفاظ محددة بحيث لا يقع الطلاق الا بها وهي طلاق وسراح وفراق وما يشتق منها من فعل الماضي أو المضارع، أو اسم فاعل، أو اسم مفعول مثل: أنت طالق أو مطلقة، أو طلقتك، أو أنت طلاق. أو أنت مسرحة، أو سرحتك، أو أنت السراح، أو أنت مفارقة، أو فارقتك، أو أنت الفراق.

وبالإضافة الى تقييد ارادة الزوج بألا يتجاوز عن حدود هذه الالفاظ اشترطوا عليه أن تكون نيته حين استعمال الصيغة متوجهة الى إنهاء رابطة الزوجية، فان لم تقتن الصيغة بهذه النية لا يقع الطلاق.

وبناء على ذلك قالوا: اذا قال الزوج لم أنو الطلاق يقبل منه في الفتيا مطلقاً. وأما في القضاء وبعد الخصومة فان كانت الصيغة لفظ (طلاق) أو لفظاً مشتقاً منه فلا يقبل منه دعوى عدم قصد ايقاع الطلاق، لان هذه الصيغة لا تستعمل في اصطلاح الشرع الا في حل عقد الزواج.

ولكن اذا كانت الصيغة أحد الفاظ السراح أو الفراق، فانه يقبل منه ذلك قضاء ايضاً، لان هذه الألفاظ تستعمل في حل عقد الزواج وفي معان أخر على حد سواء.<sup>(١)</sup> ودافع ابن حزم الظاهري عن حصر الصيغة في الألفاظ المذكورة، وعن اشتراط النية المقترنة بالصيغة، وعن عدم الاعتداد بالصيغ التي اعترف بها بقية الفقهاء دفاعاً مفصلاً في كتابه المحلى يمكن تلخيصه فيما يلي:

أ - وجه اختيار الألفاظ المذكورة هو ورودها في القرآن الكريم بمعنى حل عقد الزواج فقال سبحانه وتعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾<sup>(٢)</sup>. ﴿وَأَن طَلَّقْتُمُوهُنَّ﴾<sup>(٣)</sup> ﴿فَطَلَّقُوهُنَّ

(١) المحلى ١٨٥/١٠ وما بعدها.

(٢) ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمُ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ (البقرة: ٢٢٩).

لِعِدَّتِهِنَّ<sup>(٢)</sup> ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>(٣)</sup> . ﴿فَإِمْسَاكِ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>(٤)</sup> . ﴿فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾<sup>(٥)</sup> . ﴿فَتَعَالَيْنِ أُمَتِّعْكُنَّ وَأَسْرَحْكُنَّ﴾<sup>(٦)</sup> . ﴿فَإِمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾<sup>(٧)</sup> . ﴿وَأَنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهَ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ﴾<sup>(٨)</sup> .

ب - واشتراط النية في الطلاق تطبيق للقاعدة الشرعية العامة التي ثبتت على لسان رسول الله ﷺ (( اِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى )) .

ج - عدم الاعتداد بما عدا الالفاظ الواردة في القرآن الكريم لا مع النية ولا بدونها، لا في الفتيا، ولا في القضاء، لانه لا يجوز تحريم محل بحكم الله وتحليل محرم بحكمه تعالى بصيغة لم تثبت بالنص. كالفاظ خلية، وبرية، وانت مبراة، وباراتك، وحبلك على غاربك، الحقي بأهلك، وغيرها من الالفاظ التي جاءت فيها آثار مختلفة الفتيا، وهي لم تثبت لا في القرآن ولا في السنة النبوية، ولا حجة في غيرها.

(١) (وَأَنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَصَفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ) (البقرة: ٢٣٧).

(٢) (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَذَرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا) (الطلاق: ١).

(٣) (وَالْمُطَلَّقاتُ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ) (البقرة: ٢٤١).

(٤) (البقرة: ٢٢٩).

(٥) (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عَدُوٍّ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا) (الأحزاب: ٤٩).

(٦) (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجَكُمْ أَنْ كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنِ أُمَتِّعْكُنَّ وَأَسْرَحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا) (الأحزاب: ٢٨).

(٧) (فَإِذَا بَلَغَ أَحَدُهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا) (الطلاق: ٢).

(٨) (وَأَنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهَ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا) (النساء: ١٣٠).



ثم يقول ابن حزم: لا معنى للاشتغال بالفاظ جاءت فيها فتاوي فقهاء الامصار بأرائهم، لانه لا يستحل تفريق نكاح مسلم، واباحة مسلمة لغير من أباحها الله تعالى له، الا مقلد ضال بتقليده مستهلك هالك.

ويقول أن الالفاظ التي نقلت عن رسول الله ﷺ لا يحتج بها لعدم الثقة بالرأي، أو لاضطراب الرواية، أو لعدم فهم المقصود من المروي.

وعلى سبيل المثال: فيما روى عن الرسول من أنه قال في تطليق الجوينية بنت الجون (الحقي باهلك)، يقول ابن حزم: لا حجة فيه لان الرسول لم يتزوجها حتى يطلقها، ولانه لم يطلق اية زوجة سوى حفصة رضي الله عنها طلقها فراجعها<sup>(١)</sup>.

### تقويم رأي الظاهرية:

لتحديد صيغ الطلاق واشتراط النية أهمية كبيرة في تقليل حوادث الطلاق لكن يوجه اليهم نفس النقد الموجه الى الشيعة الأمامية من عدم الاعتداد بالعرف الصحيح السائد، واهمال بيان حكم صيغة الطلاق في غير اللغة العربية. وإذا أخذنا برأي الظاهرية (أو الأمامية) تكون صيغ الطلاق كألفاظ سورة الفاتحة، فكما لا تصح صلاة إلا بقراءة الفاتحة باللغة العربية، كذلك لا يقع طلاق غير العربي كالعربي إلا بواحد من المصطلحات المذكورة باللغة العربية، وفي هذا حرج بالنسبة لغير العرب، وقد قال سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾.

(١) ينظر المحلى ١٠/١٨٦.

### الفرع الثالث

## صيغة الطلاق كل صريح مطلقا وكل كناية مع النية

ذهب جمهور فقهاء الحنفية، وأكثر المالكية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية، والاباضية إلى أن صيغة الطلاق هي كل لفظ صريح في الطلاق سواء كان مع نية حل عقد الزواج أو بدونها. وكل كناية مع النية.

هذا المجمع هو القدر المشترك بين الكل ولكنهم اختلفوا في التفصيل كما في الايضاح الآتي:

#### الحنفية:

قسموا صيغة الطلاق إلى الصريح والكناية ووضعوا لكل منهما معياراً خاصاً:

أ- معيار الصريح: هو غلبة استعمال اللفظ في الطلاق سواء أكان هذا الاستعمال حقيقياً أم مجازياً، لغوياً أم عرفياً، ورد به نص أم لا. فقول الزوج: الحرام يلزمي، أو عليّ الحرام، يقع به الطلاق بلا نية لغوية استعمال العرفي، في حين الفاظ السراح والفراق ومشتقاتهما الواردة في القرآن الكريم لا يقع بها الطلاق إلا بالنية لعدم توفر غلبة الاستعمال.

جاء في المبسوط: (ولو قال لأمرأته سرحتك، أو فارقتك ولم ينو الطلاق لم يقع شيء عندنا)<sup>(١)</sup>.

وفي الدر المختار شرح تنوير الأبصار: (ومن الالفاظ المستعملة: الطلاق يلزمي، والحرام يلزمي، وعليّ الطلاق، وعليّ الحرام فيقع بلا نية للعرف)<sup>(٢)</sup>.

وقال الزيلعي: (الصريح هو ما ظهر المراد منه ظهوراً بيناً حتى صار مكشوف المراد

(١) ينظر المبسوط للسرخسي ٧٧/٦، ٧٨. وفيه: (وعند الشافعي يقع الطلاق - أي بلا نية - وهما صريح عنده لأن كتاب الله ورد بهما. ولكننا نقول: الصريح ما يكون مختصاً بالاضافة إلى النساء فلا يستعمل في غير النكاح وهذا لا يوجد في هذين اللفظين لأن الرجل يقول سرحت ابلى وفارقت غريمي فهما كسائر الالفاظ المبهمة لا يقع بهما الطلاق إلا بالنية).

(٢) لدر المختار شرح تنوير الأبصار مع حاشية ابن عابدين ٢٥٢/٣.

بحيث يسبق الى فهم السامع بمجرد السماع حقيقة كان أو مجازاً<sup>(١)</sup>.  
وحكم الصريح عندهم أنه يقع به الطلاق بلا نية<sup>(٢)</sup>.

ب- الكناية: هي كل لفظ يشمل الطلاق وغيره. ويقع بها الطلاق بانثاء مثل (الحقي بأهلك). أنت خلية بته.. قال السرخسي<sup>(٣)</sup>: (وبعض المتأخرين من مشايخنا يسمون هذه الألفاظ كنايات، وهو مجاز لان هذه الألفاظ تستعمل في حقائق موجباتها، ولذا يقع بها الطلقة البانئة).

ويستثنى من هذه القاعدة ثلاثة الفاظ فيقع بها الطلاق رجعياً وهي: اعتدي، استبرني رحمك. أنت واحدة. ولا يقع الطلاق بالكناية الا مع النية، أو ما يقوم مقامها من قرينة<sup>(٤)</sup>. وتوضيح ذلك أن حالات استعمال الكنايات لا تخلو من ثلاثة:

١- حالة الرضاء وابتداء الزوج بالطلاق.

٢- حالة مذاكرة الطلاق وطلبه.

٣- حالة الغضب والخصومة.

### وان اقسام الكنايات بالنسبة لمفاهيمها ثلاثة:

١- صالح لجواب سؤال الطلاق فقط مثل: (أمرك بيدك) أي في العمل والطلاق.  
٢- صالح للجواب والرد مثل: (اخرجني من عندي) أي لاني طلقتك أو لا تطلبي الطلاق.

٣- صالح للجواب والشتم مثل: (انت خلية). أي خالية عن النكاح أو خالية عن الأدب.

### واذا قارنا هذه الاقسام بتلك الحالات نرى:

١- في الحالة الأولى تجب النية في جميع الاقسام لاحتمال الطلاق وغيره.  
٢- وفي الحالة الثانية لا تجب الا في القسم الثاني لعدم الاحتمال في الأول والثالث.  
٣- وفي الحالة الثالثة لا تجب النية في الأول لنفس السبب.  
وحكم الكناية عند الحنفية: أنها يقع بها الطلاق بالنية أو ما يقوم مقامها.

(١) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي.

(٢) يراجع البحر الرائق ١٦٩/٣. شرح فتح القدير ٤٤/٣. الدر المختار شرح تنوير الأبصار ٢٥٢/٣.

(٣) المبسوط المرجع السابق ٧٣/٦.

(٤) يراجع بدائع الصنائع ١٠٦/٣.

### المالكية:

مذهب الأمام مالك (رحمه الله) - حسب ما اطلعت عليه - يمكن أن يعتبر أكثر المذاهب اضطراباً وتناقضاً في الآراء بالنسبة إلى صيغة الطلاق، فمنهم من يأخذ بأقصى حد تضيق نطاق الصيغة، ومنهم من يذهب إلى أبعد حدود التوسيع في ذلك.

فالمشهور عندهم: أن اللفظ الصريح الذي ينحل به عقد الزواج دون غيره من سائر الالفاظ هو ما يتوفر فيه أمران: مادة (ط. ل. ق) في اللفظ. والوضع العرفي الذي ينقل الصيغة من الخبر إلى الانشاء مثل: (انت طالق).

جاء في بداية المجتهد: (قال مالك واصحابه الصريح هو لفظ الطلاق فقط وما عدا ذلك كناية. وهي عنده ضربان: ظاهرة ومحملة)<sup>(١)</sup>.

وفي الفروق: (انت طالق يفيد الطلاق بالوضع العرفي)<sup>(٢)</sup>.

غير أن فقهاء المالكية قسموا الفاظ صيغة الطلاق من حيث الدلالة على عدد الطلقات إلى الاقسام الخمسة التالية<sup>(٣)</sup>:

١- ما يلزم به طلقة واحدة فقط ما لم ينو الزوج أكثر من ذلك مثل أنت طالق. أو قد طلقتك.

٢- ما يلزم به ثلاث طلقات ما لم ينو ما دونها سواء كانت الزوجة مدخولاً بها أم لا، مثل حبلك على غاريك (كتفك).

٣- ما يلزم به الثلاث مع نية الطلاق في غير المدخول بها كقول الزوج لزوجته: أنت ككلية أو كالدّم أو وهبتك أو رددتك لأهلك، إلا أن يقول نويت أقل من الثلاث فإنه يلزمه ما نوى. أمّا الزوجة التي دخل بها إذا خاطبها بأحد هذه الالفاظ فإنه يلزمه الثلاث، فإن ادعى أنه نوى أقل من ذلك لا يصدق حيث لزمته الثلاث.

٤- ما يلزم به ثلاث مع نية الطلاق في المدخول بها وغيرها مثل خلعت سبيك أو ادخلي الدار، أو احقي بأهلك، أو تستري، أخرجي.

٥- يقع به ما ينوي من العدد مثل: اذهبي وانصربي<sup>(٤)</sup>.

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٦١/٢.

(٢) الفروق للقرافي ٣٨/١. حاشية العدوي ٤٣/٤.

(٣) ينظر شرح الخرشي للأمام سيدي أبي عبد الله محمد الخرشي على مختصر خليل للأمام أبي ضياء سيدي خليل، طبعة بولاق ١٣١٧هـ، ٤٣/٤.

وسياتي في الفرع الرابع آراء أخرى للمالكية ذهبوا إلى أكثر من ذلك. ويبدو: أن هؤلاء الفقهاء عاشوا في بيئة كان عرفها يقضي بما أقره في اجتهاداتهم، بدليل ما جاء في تهذيب الفروق من أن الزام العقود في الطلاق وغيره ينبني في الفتوى على نية المتكلم أو على عرفه، لا على اللغة ولا على عرف غيره. وفي القضاء لمنازعة غيره له ينبني على عرفه لا على نيته<sup>(١)</sup>.

### الشافعية:

المشهور عندهم أن الصريح هو الطلاق والسراح والفراق ومشتقاتها. جاء في الأم: (قال الشافعي (رحمه الله): ذكر الله الطلاق في كتابه بثلاثة أسماء: الطلاق، والفراق، والسراح)<sup>(٢)</sup>.

وجاء في المذهب<sup>(٣)</sup>: (الصريح ثلاثة الفاظ: الطلاق، وقد ثبت بعرف الشرع واللغة. والسراح، والفراق بعرف الشرع وإذا قال لزوجته طلقتك أو سرحتك أو فارقتك وقع الطلاق من غير نية، ولو ادعى سبق اللسان لم يقبل قضاء لأنه يدعي خلاف الظاهر ويؤيد فيما بينه وبين الله).

وتوسع الشافعية في صريح الطلاق بعد تقسيمه إلى الصريح بنفسه والصريح بغيره فقالوا: الصريح خمسة الفاظ: الطلاق، والفراق، والسراح، والخلع، والمفادة، مع ذكر المال أو نيته، ولقظة نعم إذا وقعت في جواب السؤال مع قصد التماس الانشاء<sup>(٤)</sup>. وفي غير المشهور عندهم السراح والفراق كنايةتان.

وحكم الصريح هو أنه يقع به الطلاق بلا نية<sup>(٥)</sup>.

والكناية: هي كل لفظ يحتمل الطلاق وغيره، ولا يقع بها الطلاق إلا مع نية<sup>(٦)</sup>.

(١) شرح الخرشي المرجع السابق ٤/٤٣-٤٤.

(٢) تهذيب الفروق هامش الفروق ١/٣٩.

(٣) الأم للشافعي ٥/١٩٧.

(٤) المذهب لابي اسحاق الشيرازي ٢/٨٢.

(٥) تراجع حاشية الباجوري على شرح الفزوي ٢/١٤١.

(٦) المرجع السابق ٢/١٤١. نهاية المحتاج ٦/٤١٦.

(٧) تراجع المذهب ٢/٨٢.

واختلفوا في مقارنة النية: جاء في المذهب<sup>(١)</sup>: (منهم من قال إذا قارنت بعض اللفظ من أوله أو من آخره وقع الطلاق. ومنهم من قال لا يصح حتى تقارن النية جميعها. وهو ظاهر النص لأن بعض اللفظ لا يصلح للطلاق).

ويؤخذ مما ذكر أن نطاق صيغة صريح الطلاق عند الشافعية على المشهور أوسع بالنسبة لجمهور المالكية، فتكون حرية إرادة الزوج في الصيغة لديهم أكثر.

### الحنابلة:

يتفق الحنابلة مع جمهور المالكية في معيار صريح الطلاق من اشتراط مادة الطلاق والوضع العرفي. جاء في الاقناع<sup>(٢)</sup>: (الصريح ما لا يحتمل غيره وصريحه لفظ الطلاق وما تصرف منه غير أمر نحو طَلَّقِي. ومضارع نحو أَطْلُقْكِ، ومطلقه (بكسر اللام). ويبدو أن وجه استثناء هذه الالفاظ هو عدم اشتهاها في الطلاق.

وينبغي على المعيار المذكور أن السراح والفراق من الكنايات. وإن وردا في القرآن . جاء في المغني<sup>(٣)</sup> (أن الصريح في الشيء ما كان نصاً فيه لا يحتمل غيره إلا احتمالاً بعيداً. ولفظا الفراق والسراح وإن وردا في القرآن بمعنى التفرقة بين الزوجين، فقد وردا لغير ذلك المعنى وفي العرف كثيراً. قال تعالى: ﴿وَاغْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعاً وَلَا تَفَرَّقُوا﴾. ولفظة (نعم) من الصريح عندهم إذا وقعت في الجواب<sup>(٤)</sup>.

ويتفق الحنابلة مع الشافعية في أن السراح والفراق من ألفاظ صريح الطلاق، لأنهما وردا في القرآن الكريم لحل عقد الزواج. وقال بعضهم<sup>(٥)</sup> أن صريح الطلاق لفظ الطلاق وحده وما تصرف منه لا غير، وأمّا الفراق والسراح وما يشتق منهما من الكنايات وهذا يتفق مع مذهب أبي حنيفة ومالك. حكم الصريح عندهم: هو أنه يقع به الطلاق بلا نية.

(١) المرجع السابق.

(٢) الاقناع ٩/٣.

(٣) المغني والشرح الكبير، ٢٦٤/٨.

(٤) الانصاف ٤٦٧/٨. وفيه (لو قيل له اطلقت امرأتك؟ قال نعم وأراد الكذب طلقت).

(٥) ينظر المغني لابن قدامة ١٢١/٧.

(٦) المرجع السابق.

جاء في الاقناع<sup>(١)</sup>. (وإذا أتى بصريح الطلاق وقع نواه أو لم ينوه ولو كان هازلاً أو لاعباً أو محطناً).

وفي رواية للأمام أحمد لا يقع به إلا مع نية وهذا يتفق مع الأمامية والظاهرية. جاء في الانصاف<sup>(٢)</sup>: (لا يقع إلا بنية أو قرينة غضب أو سؤالها أو نحوه). وبناء على هذه الرواية لا يقع طلاق الهازل واللاعب والمخطئ.

## حكم الكناية:

والكناية ما يحتمل الطلاق وغيره ولا يقع بها الطلاق إلا مع نية أو ما يقوم مقامها من غضب أو خصومة أو طلب طلاق.

قال ابن رجب (كنايات الطلاق في حالة الغضب والخصومة لا يقبل فيها إرادة غير الطلاق بها وابن عقيل جعلها مع دلالة الحال صرائح)<sup>(٣)</sup>، وبهذا يتفقون مع الحنفية في قيام القرينة مقام النية. ويشترط مقارنة النية عندهم.

جاء في الاقناع (لا يقع الطلاق إلا أن ينويه بنية مقارنة مع اللفظ) وبذلك يتفقون مع الشافعية.

والطلاق الواقع بالكنايات رجعي ما لم يكن مستوفياً للثلاث في ظاهر مذهب الإمام أحمد وهو قول الشافعي.

وقال أبو حنيفة كلها بوائن إلا (اعتدي)، و(استبرئي رحمك)، و(أنت واحدة)<sup>(٤)</sup>.

## الاباضية:

يفهم مما ورد في جوهر النظام<sup>(٥)</sup> أن الصريح ما يتحقق فيه أمران الوضع العرفي ومادة الطلاق حيث جاء فيه:

أما الصريح فهو لفظ جعلاً من أصله لذاك وضعاً نقلاً

(١) ١١/٢.

(٢) ٤٦٥/٨.

(٣) القواعد لابن رجب القاعدة (١٥١) ص ٣٢٣.

(٤) المغني لابن قدامة، ١٢٣/٧.

(٥) جوهر النظام في علمي الأديان والأحكام لأبي محمد عبد الله بن حميد السالمي، الطبعة السلفية ١٣٤٦ هـ - ٢٠٢٥ م.

أما الصريح فهو قد طلقتك واختلفوا أن قال فارقتك  
فليل من عبارة الصريح وكنية قيل على الصحيح.  
وبهذا يتفق رأيهم مع ما هو المشهور عند المالكية.

### الزيدية:

يمكن اعتبار اتجاه فقهاء الزيدية في صيغة الطلاق أدق الى حد ما بالنسبة لما قيل في بقية المذاهب بصدد صيغة الطلاق. وهم أقروا تقسيم الصيغة الى الصريح والكناية كما يلي:

أ - الصريح وحكمه: الصريح هو ما لا يحتمل غير الطلاق<sup>(١)</sup>. هذا هو التعريف الذي اتفقوا عليه. لكن يفهم من كلام الصنعاني<sup>(٢)</sup> أن هذا المفهوم لا يتحقق الا في لفظ (الطلاق) ومشتقاته حيث يقول: (بان يكون لفظ الطلاق مشتملا على حروف مادته الاصول التي هي الطاء واللام والقاف)<sup>(٣)</sup>.

لكن في اعتقادي أن المقصود هو أعم من ذلك فكل لفظ لا يتحمل غير الطلاق صريح بقرينة ما قاله الصنعاني نفسه مباشرة بعد هذا الكلام من أنه (اذا طلقها بعجمي أي بلفظ موضوع للطلاق الصريح في العجم فانه يقع أن عرف معنى ما تكلم به وانه يراد به الطلاق)<sup>(٤)</sup>. وبقريئة ما جاء في البحر الزخار من أن (الصريح ما لا يحتمل غيره بأي لفظ وقع)<sup>(٥)</sup>.

**حكم الصريح:** يقع به الطلاق ولو كان بدون نية اذا توفرت الشروط التالية:

١- أن تتحقق فيه صفة الصراحة بان لا يحتمل عند السامع العام باللفظ غير الطلاق.

٢- أن يتلفظ به المطلق. فاذا كتبه دون التلفظ به يعتبر كناية لا صريحاً. سواء أكان التلفظ أنشأً كانت طالق أم اقراراً أم نداءً كان يقول: يا طالق، أم

(١) التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الانصاف في فقه الاثمة الاطهار القاضي الصنعاني ١٢٠/٢.

(٢) الصنعاني (القاضي العلامة احمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني).

(٣) التاج المذهب المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق، ١٢١/٢.

(٥) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار للأمام احمد بن يحيى بن المرتضى (ت - ٨٤١هـ) ١٥٥/٣.



أخباراً بأن يقول لها: طلقتك بالأمس مثلاً.

٣- أن يقصد اللفظ وهو عالم بأنه موضوع للطلاق سواء قصد المعنى الذي يسمى نية أم لا وبناء على ذلك يقع طلاق الهازل والمأزح، وكذلك طلاق من خاطب امرأة بكلام (انت طالق) ظاناً أنها زوجته ثم تبين خطأؤه. ولا فرق بين أن يكون اللفظ باللغة العربية أو بأية لغة أخرى ما دام قاصداً اللفظ علماً بأنه موضوع للطلاق.

ب - الكناية وحكمها: الكناية عبارة عن كل ما يحتمل الطلاق وغيره. ويعتبر كناية ما يلي:

- ١- كل لفظ صريح كتبه الزوج على شيء يمكن قراءته دون أن يتلفظ به.
- ٢- إشارة الأخرس ونحوه ممن لا يمكنه الكلام في الحال على أن تكون مفهومة للطلاق فلو صدرت عن من يمكنه الكلام أو لم تكن مفهومة للطلاق لا تعتبر طلاقاً.
- ٣- كل لفظ يتلفظ به الزوج ويكون موجهاً إلى زوجته وهو يحتمل الطلاق وغيره مثل (الحقي بأهلك).

### حكم الكناية:

يقع بها الطلاق مع النية أي بأن يقصد اللفظ والمعنى معاً على أن تكون النية مقارنة لأول اللفظ أو مخالطة لحروفه، فإذا كانت متقدمة أو متأخرة فلا يقع الطلاق<sup>(١)</sup>.

(١) ينظر التاج المذهب المرجع السابق ١١٩/٢-١٢٣.

البحر الزخار المرجع السابق ١٥٥/٣ وما بعدها.

الروضة الندية ٥٧/٢ وما بعدها.

نيل الأوطار للشوكاني، ٢٤٢/٦.

الدراري المضينة شرح الدرر البهية كلاهما للأمام محمد بن علي الشوكاني ٧٢/٢.

## الفرع الرابع

### صيغة الطلاق في أوسع حدودها

ذهب بعض الفقهاء من المالكية والشافعية الى أبعد مما يتصوره الانسان بصدد صيغة الطلاق، فقالوا: بوقوع الطلاق بكل لفظ اقترن بالنية، ولم يقفوا عند هذا الحد بل أقروا وقوع الطلاق بالحديث النفسي:

#### أولا . الطلاق بكل لفظ يقترن بالنية:

قال الدردير: (وان قصد الطلاق بـ (اسقيني الماء) أو بكل كلام كأدخلي، وكلي، واشربي.. لزمه ما قصده من الطلاق والعدد)<sup>(١)</sup>. وبناء على هذا الرأي اذا قال لزوجته (اسقيني الماء) واراد الطلاق ثلاثا تقع الطلقات الثلاث ولا تحل لزوجها حتى تنكح زوجا غيره.

وقال الدسوقي تعليقا على قول الدردير: (أو بكل كلام آخر) أي ولو صوتاً ساذجاً أو مزماراً)<sup>(٢)</sup>.

وجاء في المنتقى شرح الموطأ: (ومن قال لأمراته: كلي واشربي من الالفاظ التي لا تستعمل في الطلاق حقيقة ولا مجازا، فقد قال مالك يلزمه الطلاق، وقال أبو حنيفة والشافعي لا يلزمه طلاق. وقال بعض أصحابنا أن هذا مبني على أن مجرد النية يقع به الطلاق). ومذهب ابن القاسم يقتضي أن لا يقع الطلاق في هذه المسألة بمجرد النية وانما يقع بما قارن النية)<sup>(٣)</sup>.

أي لا خلاف بينهم في وقوع الطلاق، وانما في أنه هل يقع بالنية المقتنة باللفظ أو باللفظ المقتن بالنية؟

وجاء في المهذب: (وأختلفوا فيمن قال لأمراته: (كلي)، (واشربي) ونوى الطلاق، فمنهم

(١) الشرح الكبير للدردير ٣٨٣/٢.

(٢) ينظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي على

الشرح الكبير لأبي البركات سيدي احمد الدردير، ٣٨٣/٢.

(٣) المنتقى شرح موطأ الأمام مالك ١٦/٤.

من قال: لا يقع، ومنهم قال: يقع، وهو الصحيح<sup>(١)</sup>.  
ومن الغريب العجيب أن يحكم مثل هذا الفقيه الكبير على القول القائل بوقوع الطلاق بلفظي (كلي واشري) بانه هو الصحيح.  
يا ترى هل رابطة الزواج الى هذه الدرجة هينة هزيلة مهزوزة في نظر الشريعة الاسلامية، حتى تنهدم بكلام لا صلة له من قريب أو بعيد مع حل عقد الزواج الذي اعطى له القرآن الكريم أهمية لا مثيل لها من بين جميع القضايا التي وردت أحكامها في هذا الدستور الخالد!!!

## ثانيا . الطلاق بالحديث النفسي:

أي أن الزوج اذا أنشأ الطلاق في ذهنه بكلامه النفسي كما ينشئه بلسانه<sup>(٢)</sup> من غير تلفظ به ففيه خلاف على ثلاثة أقوال:  
الأول- أن ما لم ينطق به الانسان من طلاق عفو غير لازم بالنية والقصد وهذا قول الجمهور.

الثاني- يقع الطلاق بالحديث النفسي اذا جزم عليه وهذه رواية أشهب عن مالك.  
الثالث- التوقف فيها: قال عبد الرزاق عن معمر: سئل ابن سيرين عن من طلق في نفسه فقال: اليس قد علم الله ما في نفسك؟ قال: بلى. قال فلا أقول فيه شيئا<sup>(٣)</sup>.  
وجاء في روض النضير: (روى اشهب عن مالك أنه يقع اذا جزم به وروى أيضاً عن الزهري)<sup>(٤)</sup>.

واستدل من قال بوقوع الطلاق بالحديث النفسي بالأدلة التالية:  
١- قال تعالى: ﴿وَأَنْ تُبَدُّوا مَا فِي أَنْفُسِكُمْ أَوْ تُخْفُوا يُحَاسِبْكُمْ بِهِ اللَّهُ﴾<sup>(٥)</sup>.

(١) المذهب لأبي اسحاق الشيرازي - الفقه الشافعي - ٨٢/٢.

(٢) أي ليس معنى الكلام النفسي أن ينوي الطلاق ويصمم عليه ثم يعدله، ولا أن يعتقد الطلاق بقلبه من غير نطق بلسانه فانه لا يلزمه في ذلك طلاق اجماعا. ينظر شرح الخرشي ٤٩/٤.

(٣) ينظر ابن القيم الجوزية، زاد المعاد المرجع السابق ٣٧/٤.

(٤) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للصنعاني (ت ١٢٢١هـ) ١٦٣/٤.

(٥) ﴿لَهُ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَأَنْ تُبَدُّوا مَا فِي أَنْفُسِكُمْ أَوْ تُخْفُوا يُحَاسِبْكُمْ بِهِ اللَّهُ فَيَغْفِرَ لِمَنْ يَشَاءُ وَيُعَذِّبُ مَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾ (البقرة: ٢٨٤).

٢- قال النبي ﷺ (( اِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى ))<sup>(١)</sup>.

٣- قال النبي ﷺ (( اِنْ مِنْ كَفَرٍ فِي نَفْسِهِ فَهُوَ كَفَرٌ ))<sup>(٢)</sup>.

٤- أن المصر على المعصية فاسق موآخذ وإن لم يفعلها.

٥- أعمال القلوب في الثواب والعقاب كأعمال الجوارح، ولهذا يشاب على الحب والبغض والموالة والمعاداة في سبيل الله. وعلى التوكل والرضا والعزم. كما يعاقب على الكبر، والحسد، والعجب، والشك، والرياء، وظن السوء بالابرياء... ويؤخذ مما ذكرنا أن نطاق صيغة الطلاق في النطاق الرابع واسع بدرجة أن الزوج يتمتع بحرية كاملة في اختيار صيغة الطلاق.

### مناقشة هذه الآراء:

١- شرط احتواء صريح صيغة الطلاق لمادة (ط. ل. ق) أو السراح أو الفراق. يتنافى مع الحقيقة القائلة بان الاسلام شريعة صالحة لكل زمان ومكان، وعامة لكل قوم وجنس. وإن احكامها المبنية على الاعراف تتغير بتغير الازمان والامكنة. يقول ابن القيم:<sup>(٣)</sup> (والله سبحانه وتعالى ذكر الطلاق ولم يعين له لفظاً، فعلم أنه رد الناس الى ما يتعارفونه طلاقاً. فأى لفظ جرى عرفهم به وقع به الطلاق مع النية. والألفاظ لا تراد لعينها بل للدلالة على مقاصد لافظها. فإذا تكلم بلفظ دال على معنى وقصد به ذلك المعنى ترتب عليه حكمه، ولهذا يقع الطلاق من العجمي والتركي والهندي... بألسنتهم. بل لو طلق أحدهم بصريح الطلاق في العربية ولم يفهم معناه لم يقع به شيء قطعاً).

٢- شرط النية في صريح الطلاق شرط طبيعي بالنسبة لشريعة تأخذ الواقع بنظر الاعتبار ولا تعير الأهمية لعمل يخلو عن النية. وقول النبي ﷺ (( اِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ )) قاعدة عامة مرعية في العبادات والمعاملات فكيف تهمل في تصرف له خطورته البالغة على كيان الأسرة ومستقبلها.

والراجع هو ما ذهب اليه الجعفرية والظاهرية ورواية عن الإمام أحمد من أن الطلاق لا يقع الا مع النية ولو كان اللفظ صريحاً فيه.

(١) سنن النسائي ١٥٨/٦.

(٢) يراجع زاد المعاد ٣٨/٤.

(٣) يراجع زاد المعاد، المرجع السابق.

٣- أن تقسيم الألفاظ الى صريح وكناية وإن كان تقسيماً صحيحاً في أصل الوضع، لكن يختلف باختلاف الأشخاص والأزمنة والأمكنة والأعراف. فليس حكماً ثابتاً للفظ لذاته، فرب لفظ صريح عند قوم كناية عند آخرين، أو صريح في زمان ومكان كناية في غير ذلك الزمان والمكان. والصحيح الذي يجب الأخذ به هو ما ذهب اليه الأحناف والزيدية وبعض المالكية من أن ضابطة الصريح هي غلبة الاستعمال في عرف المطلق، وإن أنشغال فكر الفقيه أو المفتي أو القاضي ببعض صيغ استعملت قبل منات السنين مثل: خلية، إلحقي بأهلك، اعتدي.. فهو أمر لا يقبله المنطق السليم، وتجاهل عن واقع المجتمع ومحاوراته.

يقول القرافي<sup>(١)</sup>: أنك لا تعبد الناس يستعملون هذه الصيغ المتقدمة في ذلك، بل تمضي الأعمار ولا تسمع أحداً يقول لامرأته إذا أراد طلاقها: أنت خلية، ولا وهبتك لأهلك. ٤- القول بوقوع الطلاق بكل لفظ اثنان بالنية يصطدم مع القواعد اللغوية والشرعية، حيث أنه يستلزم القول بوقوع الطلاق بالغلط وهو استعمال اللفظ في غير ما وضع له في اصطلاح به التخاطب مع عدم وجود العلاقة المعتبر نوعها بينه وبين ما وضع له، في حين أن علماء اللغة متفقون على عدم ترتب الآثار على الغلط. ثم أنه يصطدم أيضاً مع القواعد الشرعية القائلة بأن كل لفظ لا يجوز دخول المجاز فيه لا تؤثر النية في صرفه عن موضعه، لأن النية لا تصرف اللفظ الى معنى إلا إذا كان يجوز الصرف اليه لغة<sup>(٢)</sup>.

وبالإضافة الى ذلك فإن القول المذكور على فرض قبوله لا يصح إلا بالنسبة للفتوى دون الحكم، لأن الزام العقود من طلاق وغيره يبني على نية المتكلم أو عرفه فيما يرجع الى الفتوى، وأما ما يرجع الى الحكم فإنه لمنازعة غيره له لا يحكم فيه إلا بعرفه لا بنيته لاحتمال كذبه<sup>(٣)</sup>.

٥- القول بأن الطلاق يقع بالحديث النفسي هو الآخر يصطدم مع المنطق الاسلامي، ويتعارض مع نصوصه وقواعده الكلية. وقد قال النبي ﷺ: ((ان الله تجاوز عن أمتي كل شئ حدثت به أنفسها ما لم تتكلم به أو تعمل)). وفي رواية أخرى: ((ان الله

(١) يراجع الفروق للقرافي ٤٤/١.

(٢) سنن النسائي ١٥٦/٦، وما بعدها. المحلى لابن حزم ١٩٨/١٠.

(٣) يراجع تهذيب الفروق هامش الفروق ٣٩/١.

تجاوز لأمتي عما وسوست وحدثت به أنفسها ما لم تخرجه بقول أو عمل))<sup>(١)</sup>. ثم أن قول النبي ﷺ المشهور: ((انَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ)) قاعدة عامة يستنبط منها أن الاسلام لا يعير الأهمية للنية وحدها ولا للعمل وحده.

٦- أن القرآن الكريم نص على أن الطلاق الثلاث يقع بثلاث مرات، فقال ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾، والتسريح بإحسان هو المرة الثالثة، فما ذكر من الآراء كله بالنسبة للطلاق الثلاث مخالف لهذا النص الكريم.

### وأما الأدلة التي سردھا أصحاب هذا الرأي فإنھا تُردّ بالوجوه الآتية:

أ - لا حجة في الآية، لأنها تدل على عاسبة العبد بما يبيده أو يخفيه، ثم يعذبه الله أو يفر له، ولا تدل على أن الأحكام الشرعية لازمة لما يخفيه فلا يؤخذ منها وقوع الطلاق بالكلام النفسي<sup>(٢)</sup>.

ب - حديث ((انَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ)) حجة عليهم لا لهم، لأنه يدل على أن العمل مع النية معتبر، لا النية وحدها.

ج - وإنما كان اعتقاد الكفر كفرًا لأن الإيمان أمر وجودي قائم بالقلب، فإذا أنتفى وهو عالم به حل غله الكفر.

د - المصر على المعصية فاسق لعمل المعصية أولاً، واستمراره عليها ثانياً. فهنا عمل اتصل به العزم على معاودته، وأما مجرد التقصد من دون عمل فليس بمعصية وإن استمر.

هـ - أما الثواب والعقاب على بعض من أعمال القلوب كالكبر والعجب... فلكون هذه الأعمال أسماء لمعان قائمة بالقلب، بخلاف الطلاق فإنه اسم لمسمى قائم باللسان أو ما ناب عنه من إشارة أو كتابة، وليس اسماً لما في القلب مجرداً عن النطق، فلا شبه بين الحالتين حتى تقاس إحداها على الأخرى<sup>(٣)</sup>.

(١) يراجع سنن النسائي ١٥٨/٦. والرواية المتفق عليها هي: (ان الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تتكلم).

نيل الأوطار ٢٧٤/٦.

(٢) يراجع زاد المعاد ٣٨/٤.

(٣) يراجع الروض النضير ١٦٤/٤.

## صيغة الطلاق في بعض قوانين الأحوال الشخصية المستقاة من الشريعة الإسلامية:

- القانون العراقي<sup>(١)</sup>: (لا يقع الطلاق الا بالصيغة المخصوصة له شرعاً) (م٣٤).
- المصري<sup>(٢)</sup>: (كنايات الطلاق وهي ما يحتمل الطلاق وغيره لا يقع بها الطلاق الا بالنية)  
(م٤).
- المغربي<sup>(٣)</sup>: (يقع الطلاق باللفظ المفهم له، وبالكتابه. ويقع من العاجز عنهما باشارته  
المعلومة) الفصل (٤٦).
- التونسي<sup>(٤)</sup>: لم يتطرق للصيغة.
- الاردني<sup>(٥)</sup>: (يقع الطلاق باللفظ أو الكتابه. ويقع من العاجز عنهما باشارته المعلومة)  
(م٨٦).
- السوري<sup>(٦)</sup>: (يقع الطلاق باللفظ وبالكتابه. ويقع من العاجز عنهما باشارته المعلومة)  
(م٨٧).
- الجزائري<sup>(٧)</sup>: لم يتطرق لبيان الصيغة.
- ولم أطلع على بقية القوانين لعدم تيسرها.
- وجميع هذه القوانين المذكورة تعتبر ناقصة بالنسبة لتحديد صيغة الطلاق التي هي من  
أهم أركان الطلاق.
- ووضوح النقص يغنينا عن البيان والتعليق.

(١) رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.

(٢) رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ المعدل بقانون رقم (٤٤) لسنة ١٩٧٩.

(٣) مدونة الاحوال الشخصية الصادرة ١٩٥٧ والمعمول بها حالياً.

(٤) مجلة الاحوال الشخصية التونسية الصادرة ١٩٥٦ المعمول بها حالياً.

(٥) قانون مؤقت رقم (١٦) لسنة ١٩٧٦.

(٦) رقم (٣٤) لسنة ١٩٧٥ المعدل.

(٧) المشروع التمهيدي الصادر ١٩٨١.

لذا اقترح أن يكون التحديد كالاتي :

(كل لفظ يكون حقيقة شرعية أو عرفية في حل عقد الزواج يقع به الطلاق مع نية مقترنة به حين التلفظ أو الكتابة في أي لغة كان، وتعتد بالاشارة المفهمة من العاجز عنهما).



## المبحث الثاني

### حكم الصيغة المقترنة بالعدد

حدد القرآن الكريم أن يكون الطلاق ثلاثاً موزعاً على ثلاث دفعات في قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾. واعتبر ذلك التوزيع قيداً آخر على إرادة الزوج حين الاقدام على الطلاق.

لكن ما الحكم لو استعجل الزوج فطلقها ثلاثاً مرة واحدة مثل: (انت طالق ثلاثاً) أو (انت طالق وطالق وطالق) أو (انت طالق ثم طالق ثم طالق) أو (انت طالق، أنت طالق، أنت طالق) أو (انت طالق عشر طلقات) أو (انت طالق مائة طلقة) أو نحو ذلك من العبارات الأخرى؟

لقد حصل الخلاف لفقهاء المسلمين منذ صدر الاسلام في هذا الحكم. وأصبح الخلاف مسألة طويلة الذيل، كثيرة النقل، متشعبة الأطراف، تكلف الاحاطة بها وبأدلتها وقتاً كثيراً، وموسوعة ضخمة. فهي ليست مسألة يناقشها الجامدون المقلدون الذين يعطون لأقوال الفقهاء قوة نصوص القرآن، ولا المجددون العصريون الذين يتخذون من تسامح الاسلام وسيلة للتساهل في كل أصوله وفروعه. وانما هي بحث علمي يجب أن يكون النقاش فيه على ضوء ما ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية، مع الاستعانة بأثار الصحابة والتابعين وآراء بعض الفقهاء من المذاهب الاسلامية المدونة والمعروفة دون تقييد أو تعصب لمذهب معين.

ويمكن ارجاع تلك الآراء الخلافية الى الأربعة الآتية:

- ١- لا يقع شيء (لا واحدة، ولا اثنتان، ولا ثلاث).
  - ٢- يقع ما أوقعه الزوج في المدخول بها، وواحدة في غير المدخول بها.
  - ٣- يقع ما أوقعه الزوج مطلقاً (في المدخول بها وغير المدخول بها).
  - ٤- تقع واحدة مطلقاً.
- ونوزع استعراض هذه الآراء - حسب التسلسل المذكور - مع بيان أدلتها ومناقشتها على أربعة فروع.

## الفرع الأول

### الرأي القائل بعدم وقوع الطلاق

إذا جمع الزوج بين الطلقات الثلاث وطلق زوجته ثلاثاً مرة واحدة خلافاً لما أمر به القرآن الكريم والسنة النبوية، فإن حكمه عند بعض الفقهاء هو عدم وقوع الطلاق. جاء في الروضة البهية: (لو فسر الطلقة بأزيد من الواحدة كقوله: (انت طالق ثلاثاً) لفى التفسير وقوع واحدة. وقيل يبطل الجميع لانه بدعة لقول الصادق: من طلق ثلاثاً فليس بشيء.. من خالف كتاب الله رد الى كتاب الله، وحمل على ارادة عدم وقوع الثلاث التي أرادها)<sup>(١)</sup>.

يقول ابن تيمية: (من طلق زوجته في طهر واحد بكلمة واحدة أو كلمات مثل: أنت طالق ثلاثاً، فيه ثلاثة أقوال من السلف والخلف، وقول رابع محدث مبتدع وهو الذي قاله بعض المعتزلة والشيعة فلا يعرف عن أحد من السلف وهو أنه لا يلزمه شيء)<sup>(٢)</sup>. وقال ابن القيم: (وهذا المذهب حكاه ابن حزم، وحكي للأمام أحمد فانكره)<sup>(٣)</sup>. وقال الاستاذ الشيخ علي الحقيف<sup>(٤)</sup>: (وهذا مذهب جماعة من التابعين كما حكى الليث بن سعد، وابن علي، وهشام بن الحكم، وأبو عبيدة، والقاضي الحجاج بن أرطاة<sup>(٥)</sup> واليه ذهب جمهور الشيعة).

واستدل من قال بعدم وقوع الطلاق: بأن الجمع بين الثلاث يخالف لنص «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِخْسَانٍ». والمخالف للنص بدعة، والبدعة مردودة لقول النبي ﷺ: ((من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد))<sup>(٦)</sup>.

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهيد السعيد زين الدين الجبمي العاملي ١٤٨/٢.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية - مكتبة المعارف - الرياض - المغرب، ٩/٣٣.

(٣) زاد المعاد لابن القيم، ٥٤/٤.

(٤) في كتابه فرق الزواج ص ٣٢.

(٥) توفي سنة ١٤٥ هـ.

(٦) وفي رواية فهو مردود. (صحيح مسلم : ٢٢٤٣)

### مناقشة هذا الرأي:

١- المخالف للنص هو الزيادة على الواحد لا الكل، فإذا قال: (انت طالق ثلاثاً) تقع واحدة، وتلفو الزيادة، وهذا شأن كل عمل قابل للتجزئة يكون بعض أجزائه مشروعة وبعضها غير مشروعة.

٢- ابن حزم الذي ينسب إليه هذا القول، أخذ برأي الجمهور القائل بوقوع ما أوقعه الزوج مطلقاً، ويقول: لو كانت بدعة لوجب أن ترد وتبطل، لكنها ليست بدعة، بل يحوز الجمع بين الثلاث ويقع الكل.

٣- أن هذا المذهب شاذ يكاد أن يكون مخالفاً لما أجمع عليه المسلمون، فهو ليس رأي الشيعة، كما يقول ابن تيمية، ولا رأي أكثرهم، كما تصوره الأستاذ الشيخ علي الخفيف، بل أكثرهم على خلاف ذلك. يقول الطوسي<sup>(١)</sup>: (إذا طلقها ثلاثاً بلفظ واحد كان مبتدعاً، ووقعت واحدة عند تكامل الشروط عند أكثر أصحابنا. وفيهم من قال لا يقع شيء أصلاً وبه قال علي وأهل الظاهر).

ونسبة هذا الرأي من الطوسي إلى أهل الظاهر ليس صحيحاً على إطلاقه كما ذكرنا<sup>(٢)</sup>.

وفي رياض المسائل: (لو فسر الطلقة باثنتين أو ثلاثاً صحت واحدة وبطل الزائدة ومنه يظهر ضعف ما قيل من أنه يبطل الطلاق رأساً. والمراد بالرد إلى السنة الرد إلى الواحدة لا البطلان)<sup>(٣)</sup>.

إذا هذا الرأي لا يعتد به لانه بالاضافة الى عدم وجود دليل يعززه، فانه لم يقل به الا فئة قليلة مجهولة.

(١) ينظر كتاب الخلاف للطوسي، ٨٩/٢.

(٢) ينظر المحلى لابن حزم الظاهري ١٧٤/١٠.

(٣) ينظر رياض المسائل المجلد الثاني - كتاب الطلاق.

## الفرع الثاني

### التفريق بين طلاق المدخول بها وغير المدخول بها

نسب هذا المذهب الى جماعة من أصحاب ابن عباس، والى اسحاق بن راهوية فيما حكاه عنه محمد بن نصر المروزي في كتاب اختلاف العلماء، قالوا: يقع الثلاث أن كانت المطلقة مدخولة، وواحدة أن لم تكن كذلك. وأوردوا لذلك بعض الحجج منها:

١- روى ابو داود عن طأروس أن رجلاً يقال له أبو الصهباء كان كثير السؤال لابن عباس قال: أمّا علمت أن الرجل كان اذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدرأ من أمارة عمر؟ قال ابن عباس: (بلى كان الرجل إذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدرأ من أمارة عمر، فلما رأى عمر أن الناس قد تتابعوا فيها قال: أجيئوهن عليهم)<sup>(١)</sup>.

قالوا: الزام عمر الثلاث كان في حق المدخول بها وحديث ابن الصهباء في غير المدخول بها، وان في هذا التفريق موافقة المنقول من الجانبين<sup>(٢)</sup>.

٢- قالوا: أن غير المدخول بها تبين بقول الزوج (انت طالق) فيصادفها لفظ (ثلاثاً) وهي بائن فيلغو. يقول العسقلاني: (ووجهه بان غير المدخول بها تبين اذا قال لها زوجها أنت طالق، فاذا قال ثلاثاً لغى العدد لوقوعه بعد البينونة)<sup>(٣)</sup>. وجاء في المبسوط: (اذا قال لامرأته - ولم يدخل بها - أنت طالق ثلاثاً، تطلق ثلاثاً عندنا وهو قول عمر وعلي وابن عباس وابي هريرة. وقال الحسن البصري: تقع واحدة بقوله طالق فتبين الا الى عدة، وقوله (ثلاثاً) يصادفها وهي أجنبية فلا يقع بها شيء)<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر نيل الأوطار للشوكاني، ٢٥٩/٦.

(٢) زاد المعاد لابن القيم، ٥٥/٤.

(٣) فتح الباري صحيح البخاري، ٣٦٣/٩.

(٤) المبسوط للسرخسي، ٨٨/٦.

### مناقشة هذه الحجج:

١- جواب ابن عباس كان على وفق السؤال فذكر له حكم ذلك، وهذا لا يعني أن حكم المدخول بها يختلف عن هذا الحكم، ويبيده الاطلاق الوارد في حديث ابن عباس: (كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر...) الى آخره الذي سيأتي بيانه. وبالإضافة الى ذلك قال الشوكاني في نيل الأوطار (٢٥٩/٩): قال النسائي: (هذا حديث منكر).

٢- القول بانها تصبح بائمة بقوله: (انت طالق) فيلغو ثلاثاً مخالف للعرف واللفظة حيث أن عبارة (انت طالق ثلاثاً) متصلة يتوقف فهم أولها على آخرها<sup>(١)</sup>، والاحتجاج به من قبيل الاحتجاج بقوله تعالى: ﴿لَا تَقْرُبُوا الصَّلَاةَ﴾ واهمال قوله: ﴿وَأَنْتُمْ سَكَارَى﴾، فانت طالق ثلاثاً كلام متصل فلا يصح جعله كلمتين وتعطى كل كلمة حكمها. وهذا يختلف عن قول الزوج: (انت طالق، أنت طالق، أنت طالق) لان كل جملة مستقلة عن الأخرى، ولا يتوقف فهم أولها على آخرها، فعند ارادة الاستئناف يجوز أن يقال بانها تبين بالأولى، وتلغو الثانية والثالثة. جاء في كتاب (اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى): (واذا قال الرجل لامرأته ولم يدخل بها: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، طلقت بالتطبيق الأولى ولم يقع عليها التطبيقتان الباقيتان. وهذا قول أبي حنيفة (رحمه الله)<sup>(٢)</sup>).

(١) ينظر فتح الباري بشرح صحيح البخاري ٣٦٣/٩، بدائع الصنائع للكاساني ١٨٧٥/٤.

(٢) اختلاف أبي حنيفة وابن ليلى للأمام أبي يوسف يعقوب بن ابراهيم الانصاري (ت ١٨٢هـ).

تصحيح وتعليق أبي الوفاء الأفغاني مطبعة الوفاء ١٣٥٨هـ ص ١٩٢.

## الفرع الثالث

### القول بوقوع ما أوقعه الزوج

ذهب بعض الصحابة، والتابعين، وجمهور الفقهاء من الحنفية<sup>(١)</sup> والمالكية<sup>(٢)</sup> والشافعية<sup>(٣)</sup> والحنابلة<sup>(٤)</sup> وبعض الظاهرية<sup>(٥)</sup> الى وقوع ما أوقعه الزوج مطلقاً، سواء أكانت مدخولاً بها أم لا، وسواء أكان العدد واحداً أم اثنين أم ثلاثة. واستدلوا بالسنة النبوية، والاجماع، والقياس.

### أولاً . السنة النبوية:

احتجوا بأحاديث كثيرة أهمها ما يلي:

#### ١- حديث ركانة:

روي عن ركانة بن عبد زيد أنه قال: (أتيت النبي ﷺ فقلت: يا رسول الله أني طلقت امرأتي البتة. فقال: (ما أردت بها)؟ فقلت: واحدة. قال: (والله)؟ قلت: والله. قال: (فهو ما أردت)<sup>(٦)</sup>.

- (١) جاء في المبسوط (٨٨/٦): (رجل قال لأمراته ولم يدخل بها أنت طالق ثلاثاً تطلق ثلاثاً عندنا) وفيه ايضاً (٩١/٦): (لو قال لأربع نسوة بينكن تسع تطليقات تطلق كل واحدة ثلاثاً لان كل واحدة يصيبها بالقسمة تطليقتان وربع تطليقة) أي للكسر حكم الواحدة.
- (٢) في شرح الخرشي (٣١/٤): (ان الزوج اذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثاً للبدعة أو أنت طالق ثلاثاً بعضهن للسنة، وبعضهن للبدعة فانه يلزمه الثلاث في المدخول بها وغيرها).
- (٣) في المذهب (٨٤/٢): (وان قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثاً وقع الثلاث لان الجميع صادف الزوجية فوق الجميع كما لو قال ذلك للمدخول بها).
- (٤) في المغني لابن قدامة (١٠٢/٧): (لو طلقها ثلاثاً في طهر لم يصيبها كان ايضاً للسنة).
- (٥) في المحلى لابن حزم (١٧٤/١٠): (ومن قال: أنت طالق ونوى اثنتين أو ثلاثاً فهو كما نوى سواء قال ذلك ونواه في موطوءة أو غير موطوءة).

(٦) رواه ابو داود والترمذي والشافعي والحاكم وصححه. يراجع التاج الجامع للأصول في احاديث الرسول ٣١١/٢. وفي نيل الأوطار (٢٥٥/٦): (عن ركانة بن عبد الله أنه طلق امرأته سهيمة البتة فاخبر النبي ﷺ بذلك فقال: والله ما اردت الا واحدة. فقال رسول الله ﷺ: والله ما اردت الا واحدة قال ركانة: والله ما اردت الا واحدة فردها اليه رسول الله ﷺ. وطلقها الثانية في زمان عمر. والثالثة في زمان عثمان. رواه الشافعي وابو داود.

### وجه الاستدلال به:

- أ - لو نوى ركانة أكثر من واحدة لوقع ما نواه وألزمه الرسول ﷺ بنيته.  
 ب - لو لم يصح الجمع بين الثلاث مرة واحدة لما استفسر النبي ﷺ بنيته .

### ٢- حديث ابن عمر:

روي أنه طلق امرأته تطليقة - وهي حائض - ثم أراد أن يتبعها بتطليقتين آخرين عند القرءين. فبلغ ذلك رسول الله ﷺ، فقال: (يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله، أنك قد أخطأت السنة، والسنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء...). وقال: فأمرني رسول الله ﷺ فراجعتها، ثم قال: (إذا هي طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك). فقلت: يا رسول الله أرايت لو طلقته ثلاثاً أكان يحل لي أن أراجعها؟ قال: (( لا كانت تبين منك وتكون معصية ))<sup>(١)</sup>.

### وجه الاستدلال:

ان قول النبي ﷺ كانت تبين وتكون معصية يدل على صحة ايقاع الثلاث دفعة واحدة، ولكن يأنم فاعله.

### ٣- حديث عبادة بن الصامت:

روي عن داود عن عبادة بن الصامت أنه قال: طلق جدي امرأة له ألف تطليقة، فانطلق أبي الى رسول الله ﷺ فذكر له ذلك. فقال النبي ﷺ: (ما اتقى الله جدك، أما ثلاث فله، وأما تسعمائة وسبعة وتسعون فعدوان وظلم أن شاء الله عذبه وان شاء غفر له)<sup>(٢)</sup>.

قالوا: الحديث صريح في وقوع الثلاث مرة واحدة.

### ٤- حديث عويمر العجلاني:

روي عن سهل بن سعد أنه قال: لما لعن أخو بني عجلان امرأته قال: يا رسول الله، ظلمتها أن أمسكتها هي الطالق، وهي الطالق، وهي الطالق. وفي رواية: كذبت عليها أن أمسكتها ثم طلقها ثلاثاً. وفي رواية أخرى ثم طلقها ثلاث تطليقات<sup>(٣)</sup>. قالوا: ايقاع الثلاث أمام الرسول ﷺ، وعدم أنكاره عليه دليل على اقراره له.

(١) يراجع السنن الكبرى للبيهقي، ٣٢٤/٧. نيل الأوطار ٢٥٦/٦.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي، ٦٢/١٠ زاد المعاد لابن القيم (٥٦/٤).

(٣) سنن النسائي، ١٤٤/٦.

#### ٥- حديث عائشة (رضي الله عنها):

روى القاسم بن محمد عن عائشة رضي الله عنهما: أن رجلاً طلق امرأته فتزوجت، فطلقت، فسئل الرسول ﷺ: أحل للأول؟ فقال ﷺ: (لا حتى يذوق عسيلتها كما ذاق الأول)<sup>(١)</sup>.

قالوا: أن الرسول ﷺ لم ينكر هذا العمل وحرمها على الزوج الأول حتى يذوق الزوج الثاني عسيلتها. وذلك دليل على صحة الجمع بين الثلاث.

#### ٦- حديث محمود بن لبيد:

روى النسائي عن محمود بن لبيد قال: أُخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً، فقام غضبان ثم قال: ((أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم؟)). حتى قام رجل فقال: يا رسول الله ألا أقتله؟ قال ابن كثير: اسناده جيد. وقال الحافظ في بلوغ المرام: رواه موثوقون<sup>(٢)</sup>.

قالوا: أن غضب النبي ﷺ يدل على وقوع الثلاث والا فلا داعي لغضبه على أمر لم يتحقق.

#### ٧- حديث فاطمة بنت قيس:

روي أن عمرو بن حفص المخزومي طلقها ثلاثاً، فانطلق خالد بن الوليد في نفر من بني مخزوم إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله أن أبا عمرو بن حفص طلق فاطمة ثلاثاً فهل لها نفقة؟ فقال: (ليس لها نفقة ولا سكنى)<sup>(٣)</sup>. قالوا: لو لم يقع الثلاث لكان لها النفقة، لأن نفقة المطلقة طلاقاً رجعيّاً واجبة على زوجها باتفاق الفقهاء، وكذلك السكنى<sup>(٤)</sup>.

#### ٨- فتوى ابن عباس بخلاف روايته:

قال ابن عباس: كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة. فقال عمر بن الخطاب: (إن الناس استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم)<sup>(٥)</sup>.

(١) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ٣٦٢/٩. السنن الكبرى للبيهقي ٣٣٤/٧.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني، ٢٥٥/٦. التاج المرجع السابق، ٣١٢/٢.

(٣) سنن النسائي، ١٤٥/٦ صحيح مسلم بشرح النووي، ١٠٣/١٠.

(٤) السنن الكبرى، ٣٣٤/٧.



وأفتى ابن عباس بخلاف هذه الرواية: خرج أبو داود من طريق مجاهد أنه قال: كنت عند ابن عباس فجاء رجل فقال: أنه طلق امرأته ثلاثاً، فسكت حتى ظننت أنه سيذهبها إليه، فقال: (ينطلق أحدكم فيركب الأحموقة<sup>(١)</sup>)، ثم يقول: يا ابن عباس، يا ابن عباس!! فإن الله ﷻ قال: ﴿ومن يتق الله يجعل له مخرجاً﴾ وانك لم تتق الله فلا أجد لك مخرجاً - وفي رواية فلم أجد لك مخرجاً - عصيت ربك، وبانت منك امرأتك<sup>(٢)</sup>. وعملوا بفتواه هذه دون روايته.

وأجابوا عن الرواية باجابات كثيرة وأولوها بتأويلات منها بعيدة ومنها قريبة أهمها ما يلي:

١- قالوا: (حديث كان الطلاق الثلاث واحدة) منسوخ. يقول العيني: (أجاب الطحاوي عن حديث ابن عباس بما ملخصه أنه منسوخ. بيانه: أنه لما قال عمر ﷺ: أيها الناس قد كان لكم في الطلاق أناة وأنه من تعجل أناة الله في الطلاق ألزمناه إياه. فلم ينكر عليه منهم منكر ولم يدفعه دافع فكان ذلك أكبر المحجج في نسخ ما تقدم.

ويقول الطحاوي - كما نقله العيني -: فان قلت ما وجه هذا النسخ وعمر لا ينسخ وكيف يكون النسخ بعد النبي ﷺ؟ قلت لما خاطب عمر الصحابة بذلك فلم يقع أنكار صار اجماعاً والنسخ بالاجماع جوزه بعض مشايخنا بطريق أن الاجماع موجب علم اليقين. ثم يقول: فان قلت هذا اجماع على النسخ من تلقاء أنفسهم فلا يجوز ذلك قلت: يحتمل أن يكون ظهر لهم نص أوجب النسخ ولم ينقل اليينا ذلك).

ونقل البيهقي عن الشافعي ﷺ أنه قال: يشبه أن يكون ابن عباس علم شيئاً نسخ ذلك<sup>(٤)</sup>.

٢- وقال بعضهم: أن معنى قوله (كان الثلاث واحدة): أن الناس في زمن النبي ﷺ كانوا يطلقون واحدة لانهم كانوا لا يستعملون ثلاثاً اصلاً أو كانوا

(١) صحيح مسلم المرجع السابق، ٦٩/١٠، سبل السلام ٢٢٥/٣.

(٢) وفي رواية أخرى الحموقة وهما لفتان: فعلة ذات حمق وجهالة.

(٣) عمدة القاري شرح صحيح البخاري ٢٠/٢٣٣.

(٤) السنن الكبرى للبيهقي ٧/٣٣٨. الروض النضير ٣/١٤٨.

يستعملونها نادرا. أما في عصر عمر فكثير استعمالهم لها. ورجح هذا التأويل ابن العربي ونسبه الى ابي زرعة الرازي، وكذا أورده البيهقي باسناده الصحيح الى ابي زرعة.

وقال النووي: وعلى هذا فيكون الخبر وقع عن اختلاف عادة الناس خاصة لا عن تغيير الحكم في الواحدة<sup>(١)</sup>.

٣- وأجاب بعضهم بانه: ورد في صورة خاصة. فقال ابن سريج وغيره يشبه أن يكون ورد في تكرير اللفظ كان يقول أنت طالق، أنت طالق. وكانوا في الصدر الأول على سلامة صدورهم يقبل منهم أنهم أرادوا التأكيد فلما كثر الناس في زمن عمر وكثر فيهم الخداع وغوه مما يمنع قبول من ادعى التأكيد حمل عمر اللفظ على ظاهر التكرار فامضاه عليهم. وهذا الجواب ارتضاه القرطبي، وقال النووي: أن هذا اصح الأجوبة<sup>(٢)</sup>.

٤- وذهب البعض الى الطعن في رواية ابن عباس. فقال القرطبي في (المفهم) - كما نقله العسقلاني: (وقع فيه مع الاختلاف على ابن عباس الاضطراب في لفظه، فظاهر سياقه يقتضي النقل عن جميعهم لان معظمهم كانوا يرون ذلك، والعادة في مثل هذا أن يفشو الحكم وينتشر، فكيف ينفرد به واحد عن واحد؟ قال: فهذا الوجه يقتضي التوقف عن العمل بظاهره أن لم يقتض القطع ببطلانه)<sup>(٣)</sup>. وقالوا: الحديث أنفرد به مسلم ولم يروه البخاري. وابن عباس خالف روايته<sup>(٤)</sup>. وهناك أجوبة وتأويلات كثيرة لرواية ابن عباس لا مجال لاستعراضها فعلى من يريد المزيد من التفصيل مراجعة كتب الحديث المعتمدة<sup>(٥)</sup>.

(١) فتح الباري شرح صحيح البخاري ٣٦٤/٩.

(٢) فتح الباري المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) زاد المعاد ٦٠/٤.

(٥) مثل: فتح الباري المرجع السابق، عمدة القاري المرجع السابق ٢٣٣/٢٠-٢٣٤، نيل الأوطار

٢٦٢-٢٦٣. سبل السلام ٢٢٦/٢ وما بعدها.

## ثانيا . الإجماع:

استدل القائلون بوقوع الطلقات الثلاث مرة واحدة بالاجماع السكوتي المنعقد في عهد عمر بن الخطاب. وقالوا: أن خبر الآحاد اذا دل على أنه لا يقع الا واحدة فانه لا يقف أمام حجية الاجماع.

يقول ابن حجر العسقلاني<sup>(١)</sup>: (فالذي وقع في هذه المسألة نظير ما وقع في مسألة المتعة سواء، فالراجع في الموضوعين تحريم المتعة وإيقاع الثلاث للاجماع الذي أنعقد في عهد عمر على ذلك ولا يحفظ أن أحدا خالفه في واحدة منهما).

## ثالثا . القياس:

قالوا: أن الطلاق الثلاث حق من حقوق الزوج فله إيقاعه مرة واحدة قياسا على سائر حقوقه. جاء في المغني<sup>(٢)</sup>: (ولأن النكاح ملك يصح إزالته متفرقا مجتمعا كسائر الأملاك). وقاسوه أيضا على النذور والأيمان. قال ابن رشد<sup>(٣)</sup>: (فمن شبه الطلاق بالأفعال التي يشترط في صحة وقوعها كون الشروط الشرعية فيها كالنكاح والبيع قال: لا يلزم، ومن شبهه بالنذور والأيمان التي ما التزم العبد منها لزمه على أي صفة كان الزم الطلاق كيفما ألزمه المطلق لنفسه).

## مناقشة هذه الأدلة:

### ١- لا حجة في حديث ركاة:

حيث يرى كثير من علماء الحديث أن رواية (البتة) مضطربة أو غير صحيحة، وفي أساندها مجهولون ومطعونون. ولأنه روي في روايات مختلفة، وبأسانيد متباينة. قال الشوكاني: (قال الترمذي وسألت محمد عنه (يعني البخاري) فقال (فيه اضطراب). ثم يمضي الشوكاني في كلامه قائلا: وقد ضعفه غير واحد. وقيل أنه متروك. وذكر الترمذي

(١) فتح الباري ٣٦٥/٩.

(٢) المغني والشرح الكبير ٢٤٣/٨.

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٥١/٢.

عن البخاري أنه يضطرب فيه، تارة يقال فيه ثلاثا، وتارة قيل واحدة.... وهو مع ضعفه مضطرب...<sup>(١)</sup>.

وقال ابن تيمية: (الأئمة الاكابر العارفون بعلم الحديث والفقه فيه كالأمام أحمد بن حنبل، والبخاري، وغيرهما وابن عبيد، وابن حزم وغيره... ضعفوا حديث (البتة)، ويبنوا أن رواته مجاهيل ولم تعرف عدالتهم وضبطهم)<sup>(٢)</sup>. وجاء في اغاثة اللهفان<sup>(٣)</sup> (انه حديث غير صحيح وقال ابو الفرج الجوزي في كتابه العلل: قال احمد: (انه حديث لا يثبت) وقال الحلال في كتابه (العلل) عن الأثرم قلت لأبي عبد الله حديث ركانة في البتة فضعه). وجاء في زاد المعاد<sup>(٤)</sup>: (وقد شهد البخاري بان فيه اضطرابا، وقال الأمام أحمد: وطرقه كلها ضعيفة). وفي مسند الأمام أحمد رقم (٢٣٨٧): (عن ابن عباس: طلق ركانة بن عبد يزيد أخو المطلب امرأته ثلاثا في مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا قال فسأله رسول الله ﷺ (كيف طلقته؟ قال: طلقته ثلاثا. قال: (في مجلس واحد)؟ قال: نعم. قال: (فإنما تلك واحدة فارجعها أن شئت قال فرجعته وفي رواية فارتجعها أن شئت فارتجعها). وبالإضافة الى ذلك كله فان أهل المدينة كانوا يسمون الثلاث (البتة). وبناء على ذلك فان حديث ركانة لا يدل على أن الطلاق الثلاث مرة واحدة تقع ثلاثا.

## ٢- حديث ابن عمر لا حجة فيه:

لان الزيادة التي استدل بها الجمهور على وقوع الطلقات الثلاث مرة واحدة لم يروها واحد من الثقات. فمن طريق مالك عن نافع عن عبد الله ابن عمر (مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم أن شاء أمسك بعد وان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء).

ومن طريق أنس بن سيرين: طلق ابن عمر امرأته وهي حائض فذكر عمر للنبي ﷺ فقال: (ليراجعها) قلت تحتسب؟ قال: (فمَهْ) أي فما يكون أن لم تحتسب الطلقة<sup>(٥)</sup>.

(١) لمزيد من التفصيل يراجع نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من احاديث سيد الاخيار للشوكاني، ٢٥٥/٦ وما بعدها.

(٢) يراجع مجموع فتاوى ابن تيمية ١٥/٣٣.

(٣) ٣٣٣/١.

(٤) زاد المعاد لابن القيم ٥٩/٤.

(٥) عمدة القاري بشرح صحيح البخاري للعيني المرجع السابق، ٢٢٨/٢٠.

ومن طريق ابن جبير (فليراجعها). قلت: تحتسب؟ قال: (أرأيت أن عجز واستحقم)؟. أي ليس طفلاً ولا مجنوناً حتى لا يقع طلاقه<sup>(١)</sup>. وكذلك في جميع الطرق الأخرى الصحيحة لا توجد هذه الزيادة وهي (أرأيت لو طلقها ثلاثاً) التي احتج بها الجمهور<sup>(٢)</sup>. ثم أن في اسناده شعيب بن ذريعة وهو ضعيف، ومعلّى بن منصور قال فيه الأمام أحمد أنه كذاب، وعطاء الخراساني، ضعيف.

### ٣- لا حجة في حديث عبادة بن الصامت:

لأن رواه مجهولون أو ضعفاء. قال ابن القيم: (وأما استدلالكم بحديث عبادة بن الصامت الذي رواه عبد الرزاق فخر في غاية السقوط لأن في طريقه يحيى بن العلاء عن عبيد الله بن الوليد الوصافي عن إبراهيم بن عبد الله ضعيف عن مالك عن مجهول. ثم الذي يدل على كذبه وبطلانه أنه لم يعرف شيء من الآثار صحيحة ولا سقيمة، ولا متصلها ولا منقطعها أن والد عبادة بن الصامت أدرك الإسلام فكيف يجده!!! فهذا محال بلا شك)<sup>(٣)</sup>.

### ٤- لا يصح الاستدلال بحديث عويمر العجلاني:

لأن المستدل به أن كان ممن يقول بأن الفرقة تقع عقيب لعان الزوج وحده تلقائياً كما هو مذهب الشافعي، أو عقيب لعان الزوجين كما هو أحد روايات الأمام أحمد فالاستدلال به باطل لأن الطلاق عندئذ لغو. قال الجصاص: (لا يصح للشافعي الاحتجاج به لأن من مذهبه: أن الفرقة قد كانت وقعت بلعان الزوج قبل لعان المرأة فبانت منه، ولم يلحقها طلاق، فكيف كان ينكر عليها طلاق لم يقع ولم يثبت حكمه)<sup>(٤)</sup>؟. وقال ابن قدامة: (وأما حديث المتلاعنين فغير لازم لأن الفرقة لم تقع بالطلاق فانها وقعت بمجرد لعانها وعند الشافعي بمجرد لعان الزوج فلا حجة فيه)<sup>(٥)</sup>.

(١) المرجع السابق.

(٢) لمزيد من التفصيل وللإطلاع على جميع الروايات لحديث ابن عمر يراجع عمدة القاري المرجع السابق، كتاب الطلاق.

(٣) ينظر زاد المعاد في هدي العباد. محمد خاتم النبي بن وأمام المرسلين للأمام ابن قيم الجوزية، ٥٩/٤.

(٤) يراجع احكام القرآن للأمام الرازي الجصاص، ٨١٨٠/٢.

(٥) المغني والشرح الكبير، ٢٤٢/٨.

وكذا لا يحق الاستدلال به ممن يشترط التفريق بعد اللعان من المحاكم لان هذا النكاح لم يبق له سبيل الدوام بل واجب الأزالة، ومزيد التحريم. وهذا هو الرأي الراجح كما يدل عليه قول النبي ﷺ (المتلاعنان لا يجتمعان أبداً)<sup>(١)</sup>. وأما التطليق ثلاثا من الملاعن فقد كان لتأكيد رضائه بالتحريم الناشيء من اللعان. قال ابن قدامة: (ان اللعان يوجب تحريرا موبدا فالطلاق بعده كالطلاق بعد أنفساخ النكاح)<sup>(٢)</sup>.

وقال ابن القيم: (وأما استدلالكم بان الملاعن طلق امرأته ثلاثا بحضرة رسول الله ﷺ فما أصحه من حديث، وما أبعد من استدلالكم على جواز الطلاق الثلاث بكلمة واحدة... ثم المستدل بهذا أن كان ممن يقول أن الفرقة وقعت عقيب لعان الزوج وحده كما يقول الشافعي أو عقيب لعانها وان لم يفرق الحاكم كما يقول احمد في احدي الروايات عنه فالاستدلال به باطل لان الطلاق الثلاث حينئذ لغو لم يفد شيئا، وان كان ممن يوقف الفرقة على تفريق الحاكم لم يصح الاستدلال به أيضا لان هذا النكاح لم يبق سبيل الى بقائه ودوامه بل هو واجب الازالة ومزيد التحريم فالطلاق الثلاث مؤكد لمقصود اللعان ومقرر له...)<sup>(٣)</sup>.

#### هـ- وأما حديث عائشة (رضي الله عنها):

فانه لا يدل على أن الطلاق الثلاث كان يقع دفعة واحدة، بل كل ما يدل عليه هو أن هذه المرأة طلقها زوجها ثلاثا. وهذا الكلام ظاهر في أنه كان على الوجه المشروع أي مرة بعد مرة بدليل عدم أنكار الرسول ﷺ. يقول ابن القيم: (اين في الحديث أنه طلق الثلاث بفم واحد؟ بل الحديث حجة لنا فانه لا يقال فعل ذلك ثلاثا وقال ثلاثا الا من فعل وقال مرة بعد مرة وهذا هو المعقول في لغات الأمم عريهم وعجمهم كما يقال قذفه ثلاثا، وشتمه ثلاثا وسلم عليه ثلاثا)<sup>(٤)</sup>.

ويقول ابن حجر العسقلاني في فتح الباري<sup>(٥)</sup>: (ويعتدل أن يكون المراد أنه طلقها طلاقا حصل به قطع عصمتها منه وهو أعَم من أن يكون طلقها ثلاثا مجموعة أو مفارقة، ويؤيد الثاني أنه سيأتي في كتاب الأدب من وجه آخر أنها قالت طلقني آخر ثلاث تطليقات).

(١) نيل الأوطار ٦/٢٤٢.

(٢) المغني والشرح الكبير المرجع السابق.

(٣) زاد المعاد لابن القيم، ٤/٥٨.

(٤) زاد المعاد المرجع السابق، ٤/٥٩.

(٥) بشرح صحيح البخاري، ٩/٣٨٧.

## ٦- حديث محمود بن لبيد حجة عليهم لا لهم:

هذا الحديث يعتبر دليلاً على عدم صحة الجمع بين الطلقات الثلاث مرة واحدة ولا يكون سنداً لمن قال يجوز ذلك حيث لا يتصور أن يقرّ الرسول ﷺ عملاً يكون لعباً واستهزاء بكتاب الله.

جاء في إغاثة اللهفان: (فالاحتجاج به على الجواز من باب قلب الحقائق والاحتجاج بأعظم ما يدل على التحريم لا على الإباحة، والاستدلال به على الوقوع من باب التكهّن، والحرص، ولكن المقلّد لا يبالي بنصرة تقليده بما إتفق له وكيف يظن برسول الله ﷺ انه أجاز عمل من استهزأ بكتاب الله، وصححه واعتبره من شرعه وحكمه ونفذه<sup>(١)</sup>). وبالإضافة الى ذلك فان الحديث مطعون يقول ابن حجر العسقلاني: (محمود بن لبيد ولد في عهد النبي ﷺ ولم يثبت له منه سماع، وان ذكره بعضهم في الصحابة فلأجل الرؤية وقد قال النسائي بعد تخريجهم: (لا أعلم احداً رواه غير محرمة بن بكير عن ابيه... وقد قيل أنه لم يسمع من ابيه... ثم يمضي العسقلاني قائلاً: وعلى تقدير صحة حديث محمود فليس فيه بيان أنه هل أمضى عليه الثلاث مع أنكاره عليه ايقاعها مجموعة أو لا؟)<sup>(٢)</sup>.

## ٧- لا سند في حديث فاطمة بنت قيس:

لان طلاقها لم يكن بلفظ واحد بل كان مفرقاً على الوضع المشروع، والسؤال عن الرسول ﷺ بصدد النفقة والسكنى كان بعد الطلقة الثالثة.

ثم أن هذا الحديث رواه الأمام مسلم في صحيحه تحت عنوان المطلقة البائن لا نفقة لها نحواً من عشرين رواية مسندة. ورواه أبو داود في سننه تحت نفقة المبتوتة نحو عشر روايات مسندة، عدا ما رواه الأمامان.

في أبواب أخرى، وما رواه الأمام البخاري في شأنها مفرقاً على أبواب الفقه كعادته. وخلاصة ألفاظ الروايات في صحيح مسلم والبخاري وسنن أبي داود ما يلي:

أ - أن زوج فاطمة طلقها... فذهبت الى رسول الله ﷺ.

ب - أن زوجها طلقها فبت طلاقها.

ج - أن زوجها طلقها البتة.

(١) إغاثة اللهفان ١/٣٣٢.

(٢) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ٩/٣٦٢.

د - أن زوجها طلقها ثلاثاً.

هـ - أن زوجها طلقها آخر ثلاث تطليقات.

و - أن زوجها بعث اليها بتطليقة كانت باقية لها.

وفي لفظ من الصحيح أنه طلقها آخر ثلاث تطليقات وهو سند صحيح. فهذه الرواية تفسر المجمع في رواية طلقها ثلاثاً. وبذلك لا يدل الحديث على أنه طلقها ثلاثاً مجموعة<sup>(١)</sup>.

### أ- مناقشة فتوى ابن عباس وتأويلات روايته:

ترد على الأخذ بفتوى ابن عباس وعلى تأويلات روايته بما يرفع التعارض بينها وبين الفتوى: ملاحظات أهمها ما يلي:

#### أولاً - العمل بفتوى ابن عباس دون روايته:

بيننا أن الجمهور لم يأخذ بمقتضى ظاهر ما رواه ابن عباس من أن الطلاق الثلاث كانت واحدة في عهد الرسول ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر، بل عملوا بما قاله للمستفتي الذي طلق زوجته ثلاثاً: (انك لم تتق الله فلا أجد لك مخرجاً عصيت ربك وبانت منك امرأتك). أي بينونة كبرى بدليل قوله (فلا أجد لك مخرجاً). فاتباع هؤلاء الفقهاء لطريقة العمل بالفتوى دون الرواية في هذه المسألة يتعارض تعارضاً صريحاً مع ما استقر عليه رأي علماء الأصول من تقديم رواية الصحابي على فتواه عند تعارضهما. وعلى سبيل المثال: روى ابن عباس في حديث بريرة أن بيع الأمة (الجارية) ليس طلاقاً ثم أفتى بأنه طلاق فاخذوا بروايته<sup>(٢)</sup>.

وأخذ الأئمة الأربعة وغيرهم بخبر عائشة رضي الله عنهما في التحريم بلبن الفعل<sup>(٣)</sup>، وقد صح عنها خلاف ذلك حيث كان يدخل عليها من أرضعته بنات أخواتها دون من أرضعته نساء أخوتها<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر في تفصيل ذلك فتح الباري بشرح صحيح البخاري - باب قصة فاطمة بنت قيس، ٤٧٧/٩، ٤٧٨.

زاد المعاد لابن القيم، ٥٩/٤، اغاثة اللهقان ٢٢٢/١.

اعلام الموقعين ٥١/٣، الطلاق في الاسلام محدود ومقيد للاستاذ كمال احمد عون ص ٥١.

(٢) زاد المعاد ٦٠/٤. اعلام الموقعين ٥١/٣.

(٣) أي الرجل الذي هو زوج المرضعة، ونسبة اللبن اليه مجاز لكونه السبب فيه.

(٤) فتح الباري شرح صحيح البخاري ١٥٠/٩.



وقال ابن حجر: (ان الخلع فسخ بفتوى ابن عباس وطلاق بروايته، وان الصحابي اذا أفتى بخلاف روايته أن المعتبر ما رواه لا ما رآه<sup>(١)</sup> .  
وروى أبو هريرة حديث التسبيح<sup>(٢)</sup> من ولوغ الكلب وأفتى بخلافه، فأخذ الجمهور بروايته<sup>(٣)</sup> .

### ثانيا - مناقشة دعوى النسخ:

- القول بان حديث (كان الطلاق الثلاث واحدة) عملوا بمقتضاه في عهد الرسول ﷺ وأبي بكر ﷺ وستين من خلافة عمر ﷺ، ثم نسخ: قول مرفوض للأسباب الآتية:
- ١- القاعدة العامة التي أجمعت عليها الأمة الاسلامية تقضي بان النص سواء كان من القرآن الكريم ام من السنة النبوية لا ينسخه الا النص، وان تعديل نصوص الشريعة الاسلامية وأحكامها قد أنتهى بوفاة الرسول ﷺ.
  - ٢- عمر بن الخطاب ﷺ لا ينسخ فعاشاه أن ينسخ سنة ثابتة بمحض رأيه، ولو نسخ لبادر الصحابة الى أنكاره، وحاشا أصحاب رسول الله ﷺ أن يقرؤا عمر على ذلك.
  - ٣- اذا كان النسخ في زمن النبي ﷺ فكيف يجوز للراوي (ابن عباس) أن يخبر ببقاء الحكم في خلافة أبي بكر وبعض من خلافة عمر؟.
  - ٤- أن قيل نسخ باجماع الصحابة فانه يقبل اذا كان الاجماع على ثبوت النص الناسخ ولكن أين هذا الاجماع؟ وما هو هذا النص؟. وأما أنهم أنفسهم ينسخون فمعاذ الله، لانه إجماع على الخطأ وهم معصومون عن ذلك.
  - ٥- أن قيل لعل الناسخ ظهر في زمن عمر فانه يُردُّ بان ذلك يعتبر غلطا أيضا لانه اقرار لاجماع الصحابة على الخطأ خلال فترة خلافة أبي بكر وستين من خلافة عمر. ثم كيف يستمر كل من الناسخ والمنسوخ تخفيا على الأمة الاسلامية في عهد الرسول وأبي بكر وفترة من خلافة عمر؟، وبصورة خاصة في قضية خطيرة ذات علاقة مباشرة بحل وحرمة اعراض الناس.

(١) اعلام الموقعين ٥١/٣.

(٢) عن أبي هريرة: قال رسول الله ﷺ: ظهور أثناء أحدكم اذا ولغ فيه الكلب أن يغسله سبع مرات أواهن بالتراب. أخرجه مسلم، سبل السلام ٢٨/١.

(٣) اعلام الموقعين المرجع السابق.

٦- القول بالنسخ يتعارض تعارضاً واضحاً مع كلام عمر بن الخطاب رضي الله عنه: (إن الناس قد استعجلوا في شيء كانت لهم فيه أناة). فهل للأمة الإسلامية أناة في حكم منسوخ؟ وبالإضافة إلى ذلك فإن ظاهر الحديث يدل على أن عملية تغيير الحكم كانت من عمر نفسه باعتبار ذلك عقوبة تعزيرية على كل من يستعجل في مسألة خلق الله فيها الأناة وأمر بالالتزام بها<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً - مناقشة تأويل (كان الثلاث واحدة):

تأويل حديث كان الطلاق الثلاث واحدة: بأنهم كانوا لا يستعملون الثلاث في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر رضي الله عنه وستين من خلافة عمر رضي الله عنه، وإنما استحدثت تغيير (انت طالق ثلاثاً) في زمن عمر فأمضاه عليهم عقاباً: تأويل بعيد من عدة أوجه منها:

- ١- ظاهر الحديث يأباه، ومن شروط التأويل أن يحتمله النص.
- ٢- الحديث روي بروايات أخرى كلها تتعارض مع هذا التأويل منها:
- أ - رواية مسلم وغيره عن طاووس أن أبا الصهباء قال لابن عباس: أتعلم أنما كانت الثلاث تجعل واحدة على عهد رسول الله وأبي بكر وثلاثاً من أمارة عمر؟ فقال ابن عباس: نعم<sup>(٢)</sup>.

فعبارة (تجعل واحدة) تتنافى مع هذا التأويل.

ب - من طريق معمر وابن جريج عن ابن طاووس عن أبيه أن أبا الصهباء قال لابن عباس: ألم تعلم أن الثلاث كانت تجعل واحدة على عهد رسول الله وأبي بكر وصداً من أمارة عمر؟ قال: نعم. رواه مسلم في صحيحه. وفي لفظ لم تعلم أن الثلاث كانت على عهد رسول الله وأبي بكر وصداً من خلافة عمر ترد إلى واحدة؟ قال: نعم<sup>(٣)</sup>. ومجلة (ترد إلى واحدة) أيضاً لا تتلائم مع التأويل المذكور.

٣- على تقدير تحمل الحديث لهذا التأويل فإنه يستلزم منح سيدنا عمر رضي الله عنه سلطة تشريع حكم يخالف ما أمر به الله ورسوله صلى الله عليه وسلم حيث أنه اقرار لاستحداث لفظ (الثلاث)

(١) لمزيد من التفصيل يراجع فتح الباري ٣٦٤/٩.

نيل الأوطار ٢٦٢/٦.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ١٣/٢٣.

(٣) روضة المعاد ٥٤/٤.

الذي يعتبر بدعة سيئة متعارضة مع ما هو المقرر في القرآن والسنة من توزيع الطلاق على المرات دون الأعداد.

فكيف ينسب الى سيدنا عمر مثل هذا التشريع؟ نعم قام عمر بتخصيص النصوص وتقييدها بناء على المصلحة العامة وانشأ المؤسسات الادارية والقضائية والعسكرية كالدواوين للمصلحة العامة... ولكن أية مصلحة في هدم بناء زوجي بلحظة كلف سنوات من العمر؟ وما هي المصلحة في التخريب والدمار الذي يؤدي الى تفككه الاسرة وتشرد الأولاد؟.

٤- أن الفقهاء الذين قالوا: بوقوع الطلاق الثلاث مرة واحدة استندوا الى أحاديث تؤيد استعمال صيغة الطلاق الثلاث في عهد الرسالة.

٥- التأويل بان الناس كان على عهد رسول الله ﷺ يطلقون واحدة وعلى عهد عمر أخذوا يطلقون ثلاثا يعتبر من باب الالغاز والتعريف - كما يقول ابن القيم - لا من باب بيان المراد.

#### رابعاً - مناقشة دعوى أن الحديث يختص بحالة تكرير اللفظ:

ذكرنا سابقاً أن بعضاً من أفتوا بوقوع الطلاق الثلاث مرة واحدة ذهبوا الى أن حديث ابن عباس ورد بخصوص حكم حالة تكرار صيغة الطلاق من الزوج بان يقول: (انت طالق، أنت طالق، أنت طالق)، فكان الزوج يقبل منه دعوى قصد التأكيد لسلامة النفوس، ونزاهة القلوب في العصر الأول، ولكن لما تغيرت النفوس وضاعت الأمانة في عهد عمر قضى بعدم قبول هذه الدعوى منهم.

ان هذا التأويل أو هن من التأويلات المذكورة لما يلي:

١- سياق الحديث من أوله الى آخره يرفضه كما هو واضح.

٢- قبول قصد التأكيد وعدمه حكم معقول به منذ صدر الاسلام الى يومنا هذا دون تفريق بين زوج وزوج، وبغير تمييز بين فاجر وعادل وصادق وكاذب وبلا تخصيص لزمان أو مكان معين، حيث استقر الرأي على قبول هذه الدعوى في الأقل ديانة أن لم تقبل قضاءً أيضاً، اذا لم تقم قرينة ضد دعوى الزوج.

٣- كل من أتى بصيغة تحتل التأكيد مثل (انت طالق، أنت طالق، أنت طالق) وادّعى أنه نواه، يُصدّق في دعواه في أي زمن كان فكيف بزمن الخلفاء الراشدين الذي كان خير القرون.

وان أتى الزوج بصيغة لا تحتل قصد التأكيد مثل (انت طالق ثلاثاً) لم يصدق بفض النظر عن مدى أمانة وصدق المدعى<sup>(١)</sup>.

### خامساً - رد الطعن في رواية ابن عباس:

ساق البيهقي روايات عن ابن عباس بلزوم الثلاث مرة واحدة، ثم نقل عن ابن المنذر أنه لا يظن بابن عباس أن يحفظ عن النبي شيئاً ويفتي بخلافه فيتعين المصير إلى الترجيح والأخذ بقول الأكثر أولى من الأخذ بقول الواحد إذا خالفهم. وقال ابن العربي: هذا الحديث مختلف في صحته فكيف يقدم على الإجماع؟ وقال: ويعارضه حديث محمود بن لبيد لأن فيه التصريح بأن الرجل إذا طلق ثلاثاً مجموعة لم يروه النبي ﷺ بل أمضاه. وقالوا أنفرد مسلم بروايته... إلى آخر ما قيل من الطعون الموجهة إلى رواية ابن عباس حتى يتخذ ذلك ذريعة للعمل بفتواه.

والواقع أن رواية ابن عباس أصبحت مشهورة وقد ثبتت واعتبرت صحيحة لدى كبار أهل الحديث مثل مسلم (رحمه الله).

وقد ناقش كل من ابن تيمية وابن القيم ما تمسك به بعض الفقهاء مما يقلل من قيمة رواية ابن عباس ويعطي المجال للعمل بفتواه.

يقول ابن تيمية<sup>(٢)</sup> (رحمه الله): (ولا نعرف أن أحداً طلق على عهد النبي ﷺ امرأته ثلاثة بكلمة واحدة فالزمه النبي بالثلاث، ولا روى في ذلك حديث صحيح، ولا حسن، ولا نقل أهل الكتب المعتمدة عليها في ذلك شيئاً بل رويت في ذلك أحاديث كلها ضعيفة باتفاق علماء الحديث، بل موضوعة).

بل الذي في صحيح مسلم وغيره من السنن والمسانيد عن طاووس عن ابن عباس أنه قال: (كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة. فقال عمر: أن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيها عليهم، فامضاه عليهم).<sup>(٣)</sup>

(١) لمزيد من التفصيل يراجع نيل الأوطار ٢٦٢/٦. زاد المعاد ١٦/٤.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ١٣-١٢/٢٣.

(٣) صحيح مسلم ١٠٩٩/٢.

وفي رواية لمسلم وغيره عن طاووس: أن أبا الصهباء قال لابن عباس: أتعلم أنما كانت الثلاث تجعل واحدة على عهد رسول الله وأبي بكر وثلاثاً من أمارة عمر؟ فقال ابن عباس نعم.

وفي رواية: (أن أبا الصهباء قال لابن عباس: هات من هنالك ألم يكن الطلاق الثلاث على عهد رسول الله وأبي بكر واحدة؟ قال: قد كان كذلك فلما كان زمن عمر تتابع الناس في الطلاق فأجازه عليهم).<sup>(١)</sup>

ويقول ابن القيم (رحمه الله) وهو يخاطب الفقهاء الذين يطعنون في رواية ابن عباس ويعملون بفتواه -: (هل تقبلون أنتم أو أحد مثل هذا في كل حديث ينفرد به مسلم عن البخاري؟ وهل قال البخاري قط أن كل حديث لم ادخله في كتابي فهو باطل، وليس بحجة أو ضعيف؟ وكما احتج البخاري باحاديث خارج الصحيح ليس لها ذكر في صحيحه؟ وكما صحح من حديث خارج عن صحيحه؟

ثم يقول: فنسألکم هل الأخذ بما رواه الصحابي عنكم أو بما رآه؟ فان قلتم: الأخذ بروايته وهو قول جمهوركم بل جمهور الأمة على هذا كفيتمونا مؤنة الجواب. وان قلتم الأخذ برأيه أرىناكم من تناقضكم ما لا حيلة لكم في دفعه ولا سيما عن ابن عباس نفسه... إلى آخره)<sup>(٢)</sup>.

### مناقشة الاستدلال بالاجماع:

دعوى الاجماع غير مسلمة، بل منافية للحقيقة والواقع لان هناك أدلة كثيرة وروايات شهيرة تثبت عدم انعقاد الاجماع في عصر من العصور على صحة وقوع الطلقات الثلاث مرة واحدة منذ صدر الاسلام الى يومنا هذا.

يقول ابن حجر العسقلاني<sup>(٣)</sup> في شرح قول البخاري (باب من جوز الطلاق الثلاث): (وفي الترجمة اشارة الى أن من السلف من لم يحز وقوع الطلاق الثلاث).

وفي شرح حديث ركانة (طلق ركانة بن عبد يزيد امرأته ثلاثاً في مجلس واحد فحزن عليها حزناً شديداً فسأله النبي ﷺ: (كيف طلقته؟ قال ثلاثاً في مجلس واحد، فقال النبي ﷺ: (انما تلك واحدة فارتجعها أن شئت فارتجعها).

(١) المرجع السابق.

(٢) لمزيد من التفصيل يراجع زاد المعاد لابن القيم ٦١-٦٠/٤.

(٣) فتح الباري شرح صحيح البخاري ٢٦٢/٩.

يقول العسقلاني: (انه نقل عن علي وابن مسعود وعبد الرحمن بن عوف والزيبر مثله. نقل ذلك ابن مغيث في (كتاب الوثائق) له وعزاه لمحمد بن وضاح. ونقل الغنوي ذلك عن جماعة من مشايخ قرطبة كمحمد بن تقي بن مخلد، ومحمد بن عبد السلام الحشني وغيرهما، ونقله ابن المنذر عن أصحاب ابن عباس كعطاء وطأوس وعمرو بن دينار، ويتعجب من ابن التين حيث جزم بان لزوم الثلاث لا اختلاف فيه، وانما الاختلاف في التحريم مع ثبوت الاختلاف كما ترى<sup>(١)</sup>).

ويقول الأمام العيني في شرح (باب من أجاز الطلاق الثلاث..): (أي هذا باب في بيان من أجاز تطليق المرأة بالطلاق الثلاث دفعة واحدة... ووضع البخاري هذه الترجمة (العنوان) اشارة الى أن من السلف من لم يجوز وقوع الطلاق الثلاث وفيه خلاف: فذهب طأوس، ومحمد بن اسحاق. والحجاج بن أرطاة، والنخعي، وابن مقاتل، والظاهرية الى أن الرجل اذا طلق امرأته ثلاثاً معاً فقد وقعت عليها واحدة.

واحتجوا في ذلك بما رواه مسلم من حديث طأوس أن أبا الصهباء قال لابن عباس: أتعلم أنما كانت الثلاث تجعل واحدة على عهد النبي ﷺ وأبي بكر وثلاثاً من أمارة عمر، فقال ابن عباس: نعم<sup>(٢)</sup>).

يقول ابن تيمية: (هذا القول - أي أن الطلاق الثلاث واحدة - منقول عن طائفة من السلف والخلف من أصحاب رسول الله ﷺ مثل الزبير بن العوام، وعبد الرحمن بن عوف، ويروى عن علي وابن مسعود وابن عباس قولان)<sup>(٣)</sup>.

ويقول ابن القيم: (ولم تجتمع الأمة والله الحمد على خلافه - أي خلاف ما كان في عهد الرسول ﷺ وأبي بكر من أن الثلاث يقع واحدة - بل لم يزل فيهم من يفتي به قرناً بعد قرن وإلى يومنا هذا. فأفتى به حبر الأمة وترجمان القرآن عبد الله بن عباس، وأفتى بانها واحدة الزبير بن العوام، وعبد الرحمن بن عوف، حكاه عنهما ابن وضاح، وعن علي وابن مسعود روايتان كما عن ابن عباس)<sup>(٤)</sup>.

(١) المرجع السابق ٢٦٣/٩.

(٢) عمدة القاري شرح صحيح البخاري للعيني ٢٣٢/٢٠.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٨/٢٣.

(٤) اعلام الموقعين ٤٨/٣ وما بعدها.

وبناء على هذه المراجع المعتمد عليها وغيرها فان دعوى الاجماع على صحة وقوع الطلقات الثلاث مرة واحدة باطلة لا أساس لها وانما ذلك من باب الخلط بين اجماع واتفاق مجتهدي أمة محمد ﷺ وبين اجماع فقهاء مذهب واحد، وشتان بين الاجماعين.

### مناقشة الاستدلال بالقياس:

استدل أصحاب الرأي القائل بوقوع الطلقات الثلاث مرة واحدة: بان النكاح ملك الزوج فله التنازل عنه مرة واحدة قياساً على جواز تنازله عن سائر حقوقه. وكذلك قالوا: بالقياس على الاعتاق والنذور كما ذكرنا سابقاً. ونرى أن القياس في جميع هذه الصور باطل لما يلي:

أولاً: القياس على التنازل عن سائر الحقوق: قياس فاسد لان الانسان ليس حراً في التنازل عن كل ما يملكه من الحقوق، لان منها ما يتعلق به مصلحة الغير، وفي التنازل عنه اضرار به كحق الحضانة فانه لا يجوز اسقاطه من الحاضنة حماية لمصلحة الطفل. ولان حق كل شخص ينتهي في حدود يبدأ فيها حقوق الآخرين، فليس للزوج أن يطلق متى وكيف شاء لما تترتب على تطليقه من آثار تخص الزوجة والأولاد، وربما لا تقتصر نتائجها الوخيمة على الأسرة فقط، بل تتجاوزها الى المجتمع. والاسلام قرر منذ الصدر الأول: أن الحقوق وظائف اجتماعية فلا يحق لأصحابها التصرف الكيفي بها. وبعد مجيء الاسلام بعشرات القرون أدرك رجال القانون أهمية هذه الفكرة، ونادى بها لأول مرة الفقيه الفرنسي ديكي (duquit) في محاضرة له، وأعلن أن الملكية ليست حقاً وانما هي وظيفة اجتماعية.

ثانياً: قياسه على الاعتاق: قياس مع الفارق لان في الاعتاق فائدة الفرد، والمجتمع، والأمة. لذا شجع عليه الاسلام ووضع طرقاً متعددة لانهاء ظاهرة استعباد الانسان لأخيه الانسان التي تتنافى مع مبدأ المساواة الذي نادى به القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوباً وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾<sup>(١)</sup>. في حين أن الطلاق قلما يخلو من المفسدة والحاق المضرة بالزوجين أو بأحدهما، أو بالأولاد.

(١) ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوباً وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾ (الحجرات: ١٣).

ثالثاً: قياسه على النذور: لا يقل بُعداً وفساداً عن القياسين السابقين لأن في النذور عبادة يجوز أن يلزم المرء نفسه بها تقريباً إلى الله كان يقول: لله عليّ النذر أن أتبرع بكذا، أو أصوم كذا. بخلاف الطلاق فإنه معصية وأبغض الحلال إلى الله إذا لم يكن حاجة ماسة وضرورة ملحة، وإن كان حاجة فيكفيها طلقة واحدة لأن الضرورات تقدر بقدرها.

وفي الختام أقول للمفتي وللقاضى أن المصدر الوحيد للأحكام الشرعية هو القرآن الكريم، كما قال تعالى ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ﴾<sup>(١)</sup>. ودور الأحاديث بالنسبة لما ورد في القرآن ينحصر في التأكيد، فالأحاديث المذكورة على تقدير صحتها تتعارض كلها مع نص القرآن الدال على توزيع الطلاق على ثلاث مرات، كما في قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾. فهذه الآية الكريمة تدل دلالة قطعية على أن الطلاق موزع على المرات دون الأعداد، فالأحاديث التي يستدل بها المتعصب للمذاهب والمقلد، مخالفة لهذه الآية والقاعدة الشرعية العامة المتفق عليها تقضي بأن العمل ب القرآن يقدم على العمل بالحديث ولو كان متواتراً في حالة التعارض بينهما. ثم أن الإجماع والقياس من الأدلة الإجتهدية والقاعدة الشرعية العامة المتفق عليها تقضي بانه (لا إجتهد في مورد النص).

(١) (قُلْ أَنِي عَلَىٰ بَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّي وَكَذَّبْتُمْ بِهِ مَا عِندِي مَا تَسْتَعْجِلُونَ بِهِ إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ يَقْضُ الْحَقُّ وَهُوَ خَيْرُ الْفَاصِلِينَ) (الأنعام: ٥٧).



## الفرع الرابع

### الصيغة المقرنة بالعدد لا يقع بها الا طلاق واحدة

أخذ بهذا الاتجاه بعض من أصحاب رسول الله ﷺ، وبعض من التابعين وتابعي التابعين كما سبق بيانه. ومن الفقهاء في المذاهب الاسلامية قال به: محمد بن مقاتل من الحنفية، وبعض المالكية، وبعض الحنابلة، وجمهور الجعفرية والزيدية والظاهرية. وتمسك به كثير من العلماء المتأخرين، واستقرت عليه قوانين الأحوال الشخصية لجميع البلاد الاسلامية.

#### الحنفية:

جاء في اغاثة اللهفان: (وحكا المازري في كتاب (المُعَلَّم) عن محمد بن مقاتل من أصحاب أبي حنيفة وهو من أجل أصحابهم من الطبقة الثالثة من أصحاب أبي حنيفة، فهو أحد القولين من مذهب أبي حنيفة)<sup>(١)</sup>.

وفي أعلام الموقعين: (وأفتى به بعض الحنفية حكا أبو بكر الرازي عن محمد بن مقاتل)<sup>(٢)</sup>.

وفي أحكام القرآن للجصاص<sup>(٣)</sup> في تفسير ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾: (والدليل على أن المقصد فيه الأمر بتفريق الطلاق لو طلق اثنين معا لما جاز أن يقال طلقها مرتين).

#### المالكية:

جاء في اغاثة اللهفان<sup>(٤)</sup>: (وحكاه التلمساني في شرح التفريع في مذهب الأمام مالك قولا في مذهبه، بل رواية عن مالك، وحكاه غيره قولا في المذهب فهو أحد القولين في مذهب مالك وأبي حنيفة وحكاه شيخ الاسلام عن بعض أصحاب أحمد وهو اختياره).

ويؤخذ من كلام ابن رشد المالكي ترجيح هذا الرأي حيث يقول: (وكان الجمهور غلبوا حكم التغليظ في الطلاق سداً للذريعة، ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية، والرفق المقصود في ذلك أعني قوله تعالى: ﴿لَعَلَّ اللَّهُ يُخَدِّثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾)<sup>(١)</sup>.

(١) اغاثة اللهفان من مصابيد الشيطان ٣٠٨/١.

(٢) أعلام الموقعين ٣٥/٣.

(٣) أحكام القرآن لحجة الاسلام الأمام ابي بكر محمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي ٧٣/٢.

(٤) المرجع السابق ٣٠٨/١.

### الحنابلة:

قال ابن تيمية: (الطلاق المقرون بالعدد محرم لا يلزم منه الا طلاق واحدة، وهذا القول منقول من السلف والخلف من أصحاب رسول الله ﷺ مثل: الزبير بن العوام، وعبد الرحمن بن عوف، ويروى عن علي وابن مسعود وابن العباس قولان، ومحمد بن اسحاق، وهو قول كثير من التابعين ومن بعدهم مثل طاووس وخلاس بن عمرو، وهو قول داود وأكثر أصحابه، ويروى ذلك عن أبي جعفر محمد بن علي بن الحسين وابنه جعفر بن محمد، ولهذا ذهب الى ذلك من ذهب الى مذهب الشيعة وهو قول بعض أصحاب أبي حنيفة ومالك وأحمد بن حنبل<sup>(١)</sup>).

### المجعفرية:

جاء في الخلاف<sup>(٢)</sup>: (إذا طلقها ثلاثا بلفظ واحد كان مبدعا وقعت واحدة، عند تكامل الشروط عند أكثر أصحابنا. وفيهم من قال لا يقع شيء أصلا. وبه<sup>(٣)</sup> قال علي، وأهل الظاهر. وحكى الطحاوي عن محمد بن اسحاق أنه قال تقع واحدة. ودليلنا اجماع الفرقة، وإن الاصل بقاء العقد).

وفي الروضة البهية<sup>(٤)</sup>: (ولو فسر الطلقة بأزيد من الواحدة كقوله: أنت طالق ثلاثا، لفى التفسير وقوع واحدة لصحيحة جميل وغيرها في الذي يطلق في مجلس ثلاثا قال هي واحدة). وفي شرائع الاسلام<sup>(٥)</sup>: (ولو فسر الطلاق باثنتين أو ثلاث قيل يبطل الطلاق، وقيل يقع واحدة).

(١) يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِمَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَذَرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا (الطلاق: ١). بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٥١/٢.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٨/٣٣.

(٣) الخلاف في الفقه للعلامة الطوسي ٢٢٦/٢-٢٢٧.

(٤) أي بوقوع واحدة.

(٥) شرح اللمعة الدمشقية ١٤٨/٢.

(٦) ٥٦/٢.

**الزيدية:**

جاء في التاج المذهب<sup>(١)</sup>: (الثاني من أحكام الطلاق أنه لا يتولى متعدده لو طلقها أكثر من واحدة فانها لا تقع الثانية تبعاً للأول من دون تخلل رجعة بينهما أو عقد، بل يقعان طلقة واحدة، وسواء كانتا اثنتين أم أكثر بلفظ واحد نحو أنت طالق ثلاثاً، أو ألفاظ نحو أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، فانه لا يقع الا طلقة واحدة لان الطلاق عندنا لا يتبع الطلاق في الصورتين).

ويمثل هذا الاتجاه ورد في الدراري المضيئة<sup>(٢)</sup>، وفي البحر الزخار<sup>(٣)</sup>، والمنتزع المختار<sup>(٤)</sup>.

**الظاهرية:**

جاء في اغاثة اللفهان<sup>(٥)</sup>: (فمن ذكر الخلاف في ذلك داود وأصحابه. واختاروا أن الثلاث واحدة). وفي فتاوى ابن تيمية<sup>(٦)</sup>: (وهو قول داود وأكثر أصحابه). والظاهرية باستثناء ابن حزم يتفقون مع الرأي القائل بان الطلاق المقتن بالعدد تقع به طلقة واحدة.

**حجج أنصار هذا الرأي:**

احتج أنصار الرأي القائل بان الطلاق المقتن بعدد لا تقع به الا طلقة واحدة بأدلة كثيرة أهمها القرآن ، والسنة النبوية، والقياس.

**أولاً - القرآن الكريم:**

القاعدة العامة في الشريعة الاسلامية: أن كل عقد ملزم للجانبين لا ينفرد أحدهما بانهاؤه الا في حالات استثنائية وظروف طارئة. وعقد الزواج من العقود الملزمة لكل من الزوجين تترتب عليه حقوق والتزامات متبادلة للطرفين فالأصل فيه أنه لا سلطان للزوج على حله بارادته المنفردة وفق القاعدة المذكورة. الا أن الله سبحانه وتعالى لحكم ومصالح منع

(١) التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار للصنعاني ١٩٩/٢.

(٢) شرح الدرر البهية للشوكاني ٧١/٢.

(٣) ١٧٤/٣. وفيه الطلاق لا يتبع الطلاق حتى تخلل رجعة أو عقد.

(٤) ٤٥٢/٢.

(٥) اغاثة اللفهان المرجع السابق ٣٠٧/٨.

(٦) مجموع فتاوى ابن تيمية ٨/٣٣.

الزوج هذه السلطة استثناءً ورخصةً تحت شروط خاصة وضمن حدود معينة منها أن يتم انقطاع العلاقة الزوجية بثلاث مراحل تتخلل بين كل مرحلة وأخرى فترة زمنية، أو رجعة أو عقد جديد كما يقول البعض وذلك استناداً الى قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>(١)</sup>.

## وجه الدلالة:

قالوا: المرتان في لغة العرب، بل وسائر لغات الناس إنما تكون لما يأتي مرة بعد مرة وفي اصطلاح القرآن الكريم لم يرد ذكر لفظ (مرة) لغير هذا المعنى كما في قوله تعالى: ﴿سَنُعَذِّبُهُم مَّرَّتَيْنِ﴾<sup>(٢)</sup>. ﴿أَوَلَا يَرَوْنَ أَنَّهُمْ يُفْتَنُونَ فِي كُلِّ عَامٍ مَرَّةً أَوْ مَرَّتَيْنِ﴾<sup>(٣)</sup>. ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَيْسَ تَأْذَنُكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ﴾<sup>(٤)</sup>. ﴿وَلَقَدْ مَنَنَّا عَلَيْكَ مَرَّةً أُخْرَى﴾<sup>(٥)</sup>.

﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ خبر لفظاً وأمر معنى بتفريق الطلاق نظير ما ورد في أحكام كثيرة بآيات من هذا القبيل منها قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾ أي ليرضعن. ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ أي ليتربصن.

(١) (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ) (البقرة: ٢٢٩).

(٢) (وَمِمَّنْ حَوْلَكُمْ مِنَ الْأَعْرَابِ مُنَافِقُونَ وَمِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ مَرَدُوا عَلَى النَّفَاقِ لَا تَعْلَمُهُمْ نَحْنُ نَعْلَمُهُمْ سَنُعَذِّبُهُم مَّرَّتَيْنِ ثُمَّ يُرَدُّونَ إِلَى عَذَابٍ عَظِيمٍ) (التوبة: ١٠١).

(٣) (أَوَلَا يَرَوْنَ أَنَّهُمْ يُفْتَنُونَ فِي كُلِّ عَامٍ مَرَّةً أَوْ مَرَّتَيْنِ ثُمَّ لَا يَتُوبُونَ وَلَا هُمْ يَذْكُرُونَ) (التوبة: ١٢٦).

(٤) (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَيْسَ تَأْذَنُكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلَاةِ الْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهِيرَةِ وَمِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوَارَاتٍ لَكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَافُونَ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ الْآيَاتِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ) (النور: ٥٨).

(٥) سورة طه: ٣٧.

والتعبير بالخبر جاء للتأكيد والتشديد على مضمون الأمر، والأمر بالشيء يتضمن النهي عن ضده، والنهي لا يكون الا لمفسدة، والعمل بخلاف ذلك الامر اقرار لتلك المفسدة. قال الأمام الفخر الرازي<sup>(١)</sup>: (هذا الكلام وان كان لفظه لفظ الخبر الا أن معناه هو الأمر، أي طلقوا مرتين يعني دفعتين. وانما وقع العدول عن لفظ الأمر الى لفظ الخبر لما ذكرنا فيما تقدم أن التعبير عن الأمر بلفظ الخبر يفيد تأكيد معنى الأمر فثبت أن هذه الآية دالة على الأمر بتفريق الطلقات وعلى التشديد في ذلك الأمر والمبالغة فيه، ثم القائلون بهذا القول اختلفوا على قولين:

أحدهما وهو اختيار كثير من علماء الدين أنه لو طلقها اثنتين أو ثلاثاً لا يقع الا الواحدة وهذا القول هو الأقيس لان النهي يدل على اشتمال النهي عنه على مفسدة راجعة، والقول بالوقوع سعي في ادخال تلك المفسدة في الوجود، أنه غير جائز فوجب أن يحكم بعدم الوقوع.

العقود سواء كانت من الانشاءات أو الاسقاطات لا تتحقق ماهيتها المعنوية ولا توجد آثارها في الخارج الا عند النطق بالألفاظ الدالة عليها<sup>(٢)</sup>. وانها هي التي تنشئها وتوجدتها، فقول الزوج لزوجته أنت طالق يوجد به حين الانشاء حقيقة معنوية واقعية هي الطلاق ووصفه بعد ذلك هذا الفعل بالعدد مرتين أو ثلاث وصف باطل.

قال أبو حيان<sup>(٣)</sup>: (لو قال أنت طالق مرتين أو ثلاثاً أنه لا يقع الا واحدة لانه مصدر للطلاق ويقتضي العدد فلا بد أن يكون الفعل الذي هو عامل فيه يتكرر وجوداً كما تقول: ضربت ضربتين أو ثلاث ضربات لان المصدر هو مبين لعدد الفعل فمتى لم يتكرر وجوداً استحال، أن يكرر مصدره وان يبين رتب العدد فاذا قال: أنت طالق ثلاثاً، فهذه لفظ واحد ومدلوله واحد والواحد يستحيل أن يكون ثلاثاً أو اثنتين ونظير هذا أن ينشئ الانسان بيعاً بينه وبين رجل في شيء ثم يقول عند التخاطب: بعتك هذا ثلاثاً، فقوله ثلاثاً لفو، وغير مطابق لما قبله.

والانشاءات أيضاً يستحيل التكرار فيها حتى يصير المجمع قابلاً لذلك الانشاء، وهذا يعسر ادراكه على من اعتاد أن يفهم من قول من قال: طلقتك مرتين أو ثلاثاً أنه يقع

(١) تراجع التفسير الكبير للأمام الفخر الرازي ١٠٤/٦.

(٢) تراجع نظام الطلاق في الاسلام احمد شاكر ص ٤٦ وما بعدها.

(٣) تراجع تفسير البحر المحيط لأبي حيان ١٩٢/٢.

الطلاق مرتين أو ثلاثاً). ويؤخذ من هذا وما سبق من خطوات الطلاق أن الطلاق لا يتوالى متعدده ولو طلقها أكثر من واحدة فلا تقع الثانية والثالثة من دون تحلل رجعة بينهما أو عقد سواء بلفظ أنت طالق ثلاثاً، أو أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق.

## ثانياً - السنة النبوية:

ان أهم حديث استند اليه أصحاب هذا الرأي هو حديث ابن عباس رضي الله عنه الذي سبق ذكره مع مناقشة ما قيل بصده. وهو حديث ثابت مروى من أهل الحديث بروايات وطرق متعددة منها ما يلي:

أ - أخرج مسلم في صحيحه من طريق عبد الرزاق عن معمر عن عبد الله بن طائوس عن أبيه عن ابن عباس قال: (كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وستين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة. فقال عمر بن الخطاب: أن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة<sup>(١)</sup>، فلو أمضيته عليهم<sup>(٢)</sup> فأمضاه عليهم<sup>(٣)</sup>).

ب - أخرج أبو داود في سننه<sup>(٤)</sup> من طريق أحمد بن صالح عن عبد الرزاق عن ابن جريج عن ابن طائوس عن أبيه أن أبا الصهباء قال لابن عباس: (أتعلم أنما كانت الثلاث تجعل واحدة على عهد النبي ﷺ وأبي بكر وثلاثاً من أمانة عمر؟ قال ابن عباس: نعم).

ج - ومن طريق حماد بن زيد عن أيوب عن إبراهيم بن ميسر عن طائوس: أن أبا الصهباء قال لابن عباس: ألم يكن الطلاق الثلاث على عهد رسول الله ﷺ واحدة؟ قال: قد كان ذلك فلما كان في عهد عمر تتابع الناس<sup>(٥)</sup> في الطلاق فأجازه عليهم<sup>(٦)</sup>.

(١) بفتح الهمزة أي مهلة.

(٢) أجزأه عليهم.

(٣) فتح الباري شرح صحيح البخاري ٣٦٣/٩. سنن أبي داود مع حاشية عون المعبود ٢٢٨/٢.

نيل الأوطار ٢٥٨/٦. سبل السلام ٢٢٥/٢.

(٤) سنن أبي داود مع حاشية عون المعبود ٢٢٨/٢.

(٥) تتابعوا بالباء الموحدة، وفي بعض النسخ تتابعوا بياء مثناة وهما بمعنى: أسرعوا في التطلقات الثلاث بأن أوقعوها دفعة واحدة.

والتتابع: هو التسارع والتهاافت واللجاجة في الشر. عون المعبود على سنن أبي داود ٢٢٨/٢.

هامش اغاثة اللهفان ٣٠٢/١.

د - روى الحاكم في المستدرک: أن ابا الجوزاء أتى ابن عباس فقال: أتعلم أن الثلاث كن يردن على عهد رسول الله ﷺ الى واحدة؟ قال: نعم. (قال الحاكم هذا حديث صحيح الاسناد) <sup>(١)</sup>.

ه - واخرجه ابو داود برواية أخرى وهي: (ان رجلا يقال له أبو الصهباء كان كثير السؤال لابن عباس، قال: أما علمت أن الرجل كان اذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة، على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدر من أمارة عمر؟.

فقال ابن عباس: بلى كان الرجل إذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدر من أمارة عمر، فلما رأى الناس قد تتابعوا فيها قال: اجيزوهن عليهم) <sup>(٢)</sup>. وقد تمسك بسياق هذه الرواية الأخيرة من أهل الحديث من الفقهاء الذين قالوا بوقوع الثلاث دفعة واحدة على أساس أن الحديث في ضوء هذه الرواية لا يشبت المدعى وهو أن الطلاق الثلاث واحدة مطلقاً بالنسبة للمدخل بها وغيرها. كما استند الى هذه الرواية من فرق بين المدخول بها وغيرها فقال بوقوع الثلاث في الأولى والواحدة بالنسبة للثانية.

وقد سبق أن ناقشنا هذا الرأي الشاذ القائل بالتفريق، كما ناقشنا كل ما قيل بصدده حديث ابن عباس في جميع رواياته، ولا نريد أن نلجأ الى التكرار الممل. لكن أود أن أضيف الى ما سبق بعض ما قاله الفقهاء وعلماء الحديث بصدده قيد (قبل أن يدخل بها) يقول ابن القيم (رحمه الله): (ورواية طائوس نفسه عن ابن عباس ليس في شيء منها قبل المدخول وذكر هذا القيد في هذه الرواية كان مبيّناً على السؤال الخاص بطلاق غير المدخول بها فاجاب ابن عباس على سؤال عن الطلاق قبل الدخول فالقيد ليس له مفهوم المخالفة.

وجاء في عون المعبود على سنن أبي داود <sup>(٣)</sup>: (وتمسك بهذه الرواية من ذهب الى أن المطلقة أن كانت مدخولة وقعت الثلاث، وان لم تكن مدخولة فواحدة. ويحاج بان التقييد بقبل الدخول لا ينافي صدق الرواية الاخرى الصحيحة على المطلقة بعد الدخول، وغاية ما في

(١) فتح الباري المرجع السابق.

(٢) اغاثة اللهفان ٣٠٣/١.

(٣) سنن أبي داود مع حاشية عون المعبود طبعة دار الكتب العربي بيروت ٢٢٨/٢.

(٤) ٢٢٨/٢.

هذه الرواية أنه وقع فيها التنصيص على بعض أفراد مدلول الرواية الصحيحة الآتية بعد هذه الرواية وذلك لا يوجب الاختصاص بالنص الذي وقع التنصيص عليه... وهذا الحديث (حديث ابن عباس) صحيح يدل على أن الطلاق الثلاث اذا وقعت مجموعة وقعت واحدة<sup>(١)</sup>. ونقل العسقلاني عن القرطبي: (انت طالق ثلاثا) كلام متصل غير منفصل فكيف يصح جعله كلمتين وتعطى كل كلمة حكما<sup>(٢)</sup>.

وقال ابن القيم: (ان حديث (الطلاق الثلاث واحدة) قد رواه عن ابن عباس ثلاثة نفر: طاووس وهو اجل من روى عنه، وابو الصهباء العدوي، وابو الجوزاء)<sup>(٣)</sup>. وورد في سبل السلام<sup>(٤)</sup>: (ان ظاهر قول ابن عباس الطلاق الثلاث واحدة) أنه كان ذلك بأية عبارة وقعت).

وقال ابن تيمية (رحمه الله): (ولا نعرف أن واحدا طلق على عهد النبي ﷺ امرأته ثلاثا بكلمة واحدة فالزمه ﷺ بالثلاث ولا روي في ذلك حديث صحيح ولا حسن، ولا نقل أهل الكتب المعتمد عليها في ذلك شيئا، بل رويت في ذلك أحاديث كلها ضعيفة باتفاق علماء الحديث، بل موضوعة. بل الذي في صحيح مسلم وغيره من السنن والمسانيد عن طاووس عن ابن عباس أنه قال: كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وستين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر: أن الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة فلو أمضيانه عليهم، فأمضا عليهم)<sup>(٥)</sup>.

وقال ابن القيم (رحمه الله): (فهذا كتاب الله، وهذه سنة رسول الله ﷺ، وهذه لغة العرب، وهذا عرف التخاطب، وهذا خليفة رسول الله ﷺ، والصحابة كلهم معه في عصره، وثلاث سنين من عصر عمر على هذا المذهب (أي الطلاق الثلاث واحدة) فلو عدّهم العادّ بأسمائهم واحدا واحدا لوجد أنهم كانوا يرون الثلاث واحدة أمّا بفتوى، وأمّا بأقرار عليها. ولو فرض

(١) عون المعبود على سنن أبي داود ٢/٢٢٨.

(٢) فتح الباري شرح صحيح البخاري ٩/٣٦٣.

(٣) اغاثة اللهفان ١/٣٠٣.

(٤) سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام للحافظ ابن حجر العسقلاني تأليف الأمام محمد بن اسماعيل الصنعاني ٣/٢٢٦.

(٥) مجموع فتاوى ابن تيمية ج ٣٣ ص ١٢-١٣.



فيهم من لم يكن يرى ذلك فانه لم يكن منكرا للفتوى به<sup>(١)</sup>.

### ثالثا - القياس:

الدليل الأخير الذي تمسك به أنصار هذا الرأي هو القياس على بعض الأحكام التي اعتبرت فيها المرة تلو الأخرى وأوردوا لذلك أمثلة كثيرة من القرآن الكريم وسنة الرسول ﷺ وصيغ العقود والاقرار وغيرها... ومنها:

أ - قال سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ<sup>(٢)</sup> وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ أَنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ \* وَالْخَامِسَةُ أَنْ لَعْنَتُ اللَّهِ عَلَيْهِ أَنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ \* وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ أَنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ \* وَالْخَامِسَةَ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا أَنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ<sup>(٣)</sup>﴾.

فلو قال الزوج أمام القاضي أشهد بالله أربع مرات أنني صادق، أو قالت الزوجة أشهد بالله أربع شهادات أنه كاذب كان شهادة الواحدة ولم تكن أربعاً فكيف يكون قوله أنت طالق ثلاثاً ثلاث تطليقات؟

يقول ابن القيم: وأي قياس أصح من هذا؟. وهكذا كل ما يعتبر فيه العدد من الاقرار وغوه، ولهذا لو قال المقر بالزنا: أنني أقر بالزنا أربع مرات، كان ذلك مرة واحدة. وقد قال الصحابة لما عر<sup>(٤)</sup> أن اقررت أربعاً رجلك رسول الله ﷺ. فلو قال: أقر به أربع مرات كانت مرة واحدة. فهكذا الطلاق (سواء).

ب - لو قال: سبحان الله أو الحمد لله مائة مرة يكون مرة واحدة، قال ابن تيمية: (قوله تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ أي مرة بعد مرة، كما إذا قيل للرجل سَبِّحْ مرتين أو سَبِّحْ ثلاث مرات أو مائة مرة... فلا بد أن يقول سبحان الله حتى يستوفي العدد. فلو أراد أن يحمل ذلك فيقول سبحان الله مرتين أو مائة مرة لم يكن قد سبح الا مرة واحدة. والله تعالى لم يقل

(١) ينظر اعلام الموقعين عن رب العالمين للأمام أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية المتوفى عام ٧٥١ هـ ٣/٣٤.

(٢) أي يتهمون زوجاتهم بجريمة الزنا

(٣) سورة النور: ٦، ٧، ٨، ٩

(٤) هو ماعز بن مالك الأسلمي، اعترف بالزنا عند النبي ﷺ فرجمه.

الطلاق طلقتان بل قال مرتان، فإذا قال لأمراته أنت طالق اثنتين أو ثلاثا أو عشرا أو ألفا... لم يكن قد طلقها الا مرة واحدة<sup>(١)</sup>.

وقول النبي ﷺ لأم المؤمنين جويرية: لقد قلت بعدك أربع كلمات لو وزنت بما قلت منذ اليوم لوزنتهن: سبحان الله عدد خلقه سبحان الله زنة عرشه. سبحان الله رضى نفسه. سبحان الله مداد كلماته. أخرجه مسلم في صحيحه. فمعناه أنه سبحانه وتعالى يستحق التسبيح بعدد ذلك. فالمقدار تارة يكون وصفا لفعل العبد، وفعله محصور، وتارة يكون لما يستحقه الرب فذاك الذي يعظم قدره. والا فلو قال المصلي في صلاته سبحان الله عدد خلقه لم يكن قد سَبَّحَ الا مرة واحدة. ولما شرع النبي ﷺ أن يسبِّح دبر كل صلاة ثلاثا وثلاثين، ويحمد ثلاثا وثلاثين، ويكبر ثلاثا وثلاثين، فلو قال سبحان الله، والحمد لله، والله أكبر عدد خلقه لم يكن قد سَبَّحَ الا مرة واحدة<sup>(٢)</sup>.

وقال بعضهم بان هذا الرأي تم الاجماع عليه في عهد الرسول ﷺ وأبي بكر رضي الله عنه وسنتين من خلافة عمر رضي الله عنه ولم يجماع آخر حتى يبطله.

يقول ابن القيم: (والمقصود أن هذا القول (طلاق الثلاث واحدة) قد دل عليه الكتاب والسنة والقياس والاجماع القديم، ولم يأت بعده اجماع يبطله. ولكن رأى أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه أن الناس قد استهانوا بأمر الطلاق، وكثر منهم ايقاعه جملة واحدة، فرأى من المصلحة عقوبتهم بامضائه عليهم ليعلموا أن أحدهم اذا أوقعه جملة بانت منه المرأة وحرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره نكاح رغبة يراد للدوام لا نكاح تحليل)<sup>(٣)</sup>.

## الترجيح:

انني لست من أهل الترجيح ولا أدعي ذلك ولكن ترجيحي هذا ليس الا اعادة مختصرة لما قاله السلف والمخلف بصدد هذه المسألة الخطيرة في حياة الملايين من المسلمين، وأوجز ذلك فيما يلي: يقول سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ أَنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ

(١) إغاثة اللهفان المرجع السابق ٣٠٧/١.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ج ٢٢ ص ١٢-١٣.

(٣) اعلام الموقعين ٣/٣٥-٣٦.

الْآخِرَ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا<sup>(١)</sup>.

قال البعض: اطاعة الله تعني العمل ب القرآن ، واطاعة الرسول تعني العمل بالسنة، واطاعة أولي الامر تعني العمل بالاجماع، والرد الى الله يعني العمل بالقياس. ولكن في اعتقادي أن المقصود من هذه الآية هو أن المرجع الأول والأخير لحل المشاكل المستعصية هو الله عز وجل أياً كانت طبيعة المشكلة. ونظير ذلك في حياتنا الدنيوية أن كل قضية تتحرك لتجد حلها لدى أصغر موظف اداري، فاذا استعصت أخذت طريقها التدرجية حتى تصل الى أعلى السلطة (رئيس الدولة).

وفي قضية الطلاق هذه اتضح لنا من الاستعراض السابق أنها مسألة خلافية منذ صدر الاسلام الى يومنا هذا، وتبين لنا أن أدلة كل طرف هي أدلة ظنية لا تدل على الحكم دلالة قطعية، فرأي كل يحتمل الصواب والخطأ. اذن حكم المسألة شيء متنازع فيه وقد قال تعالى: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ﴾. فلنرد هذه المسألة الخلافية الى الله، الى القرآن الكريم لنرى ماذا في القرآن ؟

قال سبحانه وتعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾.

ما هو السر في اختيار هذا التعبير؟

لماذا لم يقل اثنتان أو طلقتان؟

هل أتى القرآن بالعدد أو بالمرة، وهل هناك فرق بينهما؟

هل أمر الله للوجوب ما لم تقم على خلافه قرينة أو للنقد؟

هل يجوز الاجتهاد عند وجود نص واضح؟

هل النص القرآن ي غامض الى هذه الدرجة بحيث يترتب عليه هذا الصراع المستمر؟ وللإجابة على هذه الأسئلة، ولبيان ما يرجح كفة جانب التقيد بالمرات الثلاث، علينا الرجوع الى الله، الى القرآن الكريم الى نصوصه بحيث يفهم المقصود منها كل أنسان ملم باللغة العربية سواء أكان مجتهداً أم عامياً:

١- القرآن الكريم أمر بتوزيع الطلقات الثلاث على ثلاث مرات بنص جليّ الدلالة

على أن أنها علاقة الزوجية إنما يتم باستيفائها موزعة على تلك المرات. وهو قوله

تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>(١)</sup>.

٢- «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ»: أمر وطلب على وجه الحتم والالزام أتى بلباس الجملة الخبرية ليسدل هذا الأسلوب البلاغي على زيادة التوكيد والاهتمام فيما أمر الله به وعدم تجاوز حدوده ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾<sup>(١)</sup>.

٣- الأمر بالشئ نهى عن ضده، هذه قاعدة شرعية ثابتة أقرها العلماء من الأصوليين والفقهاء، فالأمر بالمرات نهى عن اللجوء الى الأعداد (الاثنين أو الثلاث) لما في الأولى من مصلحة الفرصة، والمجال لاستئناف الحياة الزوجية، كما يشير الى ذلك قوله تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾<sup>(٢)</sup>. وفي الجمع مرة واحدة مفسدة وهي سدّ هذا الباب بوجه الزوجين.

٤- أراد الله أن يكون الطلاق ثلاث مرات، والقول يجوز جمعها في مرة واحدة حسب ارادة الزوج تغليب لارادته على ارادة الله وهذا ما يرفضه منطق الشريعة الاسلامية.

٥- نص «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ» يدل دلالة قطعية على المرتين المستلزمتين للتخلل الزمني بينهما، فتفسيرهما بالاثنتين أو الطلقتين، أو تفسير المرات الثلاث بالطلقات الثلاث دفعة واحدة دون التخلل الزمني، يأباه منطق اللغة العربية.

٦- لفظ (الاثنين أو الثلاث) بدعة لانه من استحداث الانسان نفسه، وسيئة لانه مخالف لأمر الله الصريح، والبدعة السيئة مردودة، لقول الرسول ﷺ: ((من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد))<sup>(٣)</sup>.

٧- في احلال الأعداد على المرات خرج لما يترتب عليه من قطع الطريق أمام استئناف الحياة الزوجية بعد الندم والرغبة في الرجوع بالرجعة أو بالعقد الجديد، وهذا ما

(١) (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ) (البقرة: ٢٢٩).

(٢) (البقرة: ٢٢٩).

(٣) (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا) (الطلاق: ١).

يتنافى مع قوله تعالى: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُظْهِرَكُمْ﴾<sup>(١)</sup>.

٨- في الفتوى أو القضاء بوقوع الثلاث مرة واحدة عسر وياس للزوجين وهدم لبناء كلف سنوات من العمر بلحظة واحدة من لحظات الحياة غير الطبيعية.

وهذا ما يتعارض مع قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾<sup>(٢)</sup>.

ومع قول الرسول ﷺ ((يسروا ولا تعسروا))<sup>(٣)</sup>. فان قيل: أن العسر جلبه الزوج بمحض ارادته، اقول: أن الزوج جاهل بخطئ وقد رفع الله عنه المواخذة والمحاسبة على الزيادة على طلبة واحدة كما قال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ﴾. وقال الرسول ﷺ: ((ان الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه))<sup>(٤)</sup>. فعلى المفتي والقاضي أن ينبهه على أنه خطأ ولعب واستهزاء بكتاب الله، أسوة برسول الله ﷺ عندما أخبر عن رجل طلق امرأته ثلاثا قام غضبان ثم قال: ((أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم))<sup>(٥)</sup>!!!

٩- ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ ليس مجملا حتى تبينه السنة النبوية، ولا عامّا حتى تخصصه ولا مطلقا حتى تقيده، ولا حكما مسكوتا عنه حتى تقرره، اذا انحصرت وظيفة الأحاديث الواردة في هذا الباب في توكيد حكم جاء به القرآن وهو توزيع الطلاقات على ثلاث مرات. فلا يجوز للفقهاء أو المفتي أو القاضي أن يستخدمها في صرف جملة ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ عن معناها الحقيقي الواضح الصريح.

(١) يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُظْهِرَكُمْ وَلِيَتِمَّ نِعْمَتُهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ (المائدة: ٦).

(٢) (شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنْزِلَ فِيهِ الْقُرْآنُ هُدًى لِلنَّاسِ وَبَيِّنَاتٍ مِنَ الْهُدَى وَالْفُرْقَانِ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ وَلِتُكْمِلُوا الْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَى مَا هَدَاكُمْ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ (البقرة: ١٨٥).

(٣) البخاري: ٦٧

(٤) مسلم: ٣٢٤٣

(٥) نيل الأوطار للشوكاني ٢٢٥/٦.

١٠- «الطلاق مركب» نص صريح واضح يدل على الحكم دلالة قطعية. وقد أجمع علماء

المسلمين من الأصوليين والفقهاء على أنه (لا مساع للاجتهاد في مورد النص).

إذا كل نقاش وتأويل واجتهاد في تفسير هذا النص مرفوض بمقتضى هذه القاعدة.

١١- تمتع كل من الزوجين بالآخر حكم شرعي ثابت لسبب شرعي وهو عقد الزواج

الصحيح والثابت ثبوتاً قطعياً لا يجوز رفعه بدليل ظني بما تمسك به بعض الفقهاء

من أحاديث الآحاد، وقد أجمع على أن حديث الآحاد دليل ظني من حيث الثبوت

وإن كانت دلالاته قطعية.

١٢- لا يجوز الخلط بين الإجماع في مذهب واحد وبين الإجماع بمعنى اتفاق جميع المجتهدين

من أمة محمد ﷺ في عصر من العصور بعد وفاته على حكم شرعي اجتهادي.

فالثاني هو الدليل القطعي الملزم دون الأول.

١٣- ولا يجوز الخلط بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي. فالشريعة هي نصوص

القرآن والسنة النبوية، فهي خالدة وملزمة لكل بالغ عاقل عقيده وعملاً وخلقاً.

أما الفقه الإسلامي فهو شروح وآراء واجتهادات لفقهاء المسلمين، قابل للتعديل

والتغيير غير ملزم لاحد، بحيث لا يلتزم أن يعتنقه مدى الحياة بموجب قاعدة (العامي

لا مذهب له).

١٤- أن احداً من أئمة المسلمين رحمهم الله لم يقل أن الصواب كله فيما رآه وإن الخطأ من

نصيب غيره. فلو كان الصواب كله من نصيب أمّام واحد أو أئمة محصورين لما جاز

مخالفتهم أو مخالفتهم، بل لما ساغ لهم أن يختلفوا فيما بينهم. ويدل على ذلك ما يلي:

أ - سيدنا أبو بكر الصديق رضي الله عنه أول خليفة رسول الله ﷺ حينما سئل عن لفظ

(كلالة) وفسره بأنه (الذي يورث كلالة هو من ليس في ورثته ولد ولا والد).<sup>(١)</sup>

قال: (هذا رأي أن كنت مصيباً فمن الله، وإن كنت مخطئاً فمن الشيطان).

ب - وعبد الله بن مسعود من كبار فقهاء الصحابة عندما سئل عن زوجة لم يحدد

لها المهر ومات زوجها قبل أن يدخل بها قال: (اجتهد برأي فان كنت مصيباً فمن

الله، وإن كنت مخطئاً فمن ابن أم عبيد، لها الميراث ومهر مثلها لا وكس ولا

(١) التركية والميراث في الاسلام للدكتور محمد يوسف موسى ص ٢٤٥. إذن الكلالة ما عدا الوالد والولد من ورثة الميت.

شطط)<sup>(١)</sup>.

ج - وقال الأمام الأعظم أبو حنيفة (رحمه الله): (هذا رأيي وهو أحسن ما قدرنا عليه، فمن جاءنا بخير منه قبلناه).

د - والأمام مالك (رحمه الله) رفض طلب الخليفة العباسي يجعل كتابه (الموطأ) مرجعاً للعمل به، فقال: لا تفعل يا أمير المؤمنين فإن صحابة رسول الله ﷺ تفرقوا في الأمصار بما حملوا من علم وفقه). وكان رحمه الله عندما يستنبط حكماً شرعياً يقول لأصحابه: (انظروا فيه فإنه دين وما من أحد الا مأخوذ من قوله ومردود عليه الا صاحب هذا القبر الشريف)، - يشير الى قبر رسول الله ﷺ.

هـ - وعن الشافعي (رحمه الله): (إذا صح الحديث فهو مذهبي واضربوا بقولي عرض الحائط).

و - وانكر الأمام أحمد (رحمه الله) دعوى الاجماع في مواطن الاجتهاد قائلاً لمن ادعاه: (وما يدريه أن الناس اختلفوا ولم ييلغه ذلك)؟ وبالإضافة الى ذلك كله فان الفقهاء اتفقوا على أن حكم القاضي في كل مسألة خلافية بناء على رأي من الآراء المختلف فيها يحسم الخلاف، فعلى الخصمين العمل بالمحكوم به، ومن الواضح أن حكم القانون اقوى من حكم القاضي، وقد أجمعت قوانين البلاد الاسلامية على أن الطلاق المقتن بالعدد يقع به طلاق واحدة.

١٥- منشأ اجتهاد عمر بن الخطاب:

ان سيدنا عمر هو ذاك الشخص العظيم الذي قال في حقه رسول الله ﷺ: ﴿لو كان بعدي نبي لكان عمر بن الخطاب﴾!!

وذلك الحكيم الذي يشهد الأعداء بعلمه وحكمته وسياسته ودهائه، اضافة الى منزلته الدينية. فهو كما يبدو واضحاً من حديث ابن عباس ؓ من كلام الفقهاء الذين درسوا هذه المسألة بعمق دون تعصب أعمى: لما رأى أن الناس أخذوا يطلقون الثلاث مرة واحدة نهاهم عن ذلك وعزّهم.

ولما لم تغد عقوبة التعزير الزمهم بالثلاث، وقال لهم: من طلق على خلاف ما شرع الله من الطلاق مرة بعد مرة، وجمع الثلاث مرة واحدة فعقوبته عدم مراجعة زوجته حتى تنكح زوجاً غيره<sup>(١)</sup>.

(١) أي لا نقص ولا زيادة.

(وكان عمر بن الخطاب عارفاً بالفقه الاسلامي مجتهداً جريئاً يراعي المصلحة العامة في اجتهاداته التي أكثر من أن تعد وتحصى، كانشاء الدواوين، وبناء السجون للمجرمين، وتوقيف صرف الزكاة للمؤلفة قلوبهم عندما رأى تخلف علة الحكم، وجعل عقوبة شرب الخمر ثمانين جلدة بدلا من الأربعين...

وبذلك يعتبر عمل عمر بن الخطاب هذا من قبيل السياسة الشرعية يدور حول المصلحة العامة وجودا وعدما، وليس عملا تشريعيا له صفة الدوام لان هذه الصفة ينفرد بها القرآن الكريم وسنة الرسول ﷺ. وقد تأثر الائمة الأربعة (رحمهم الله) باجتهاد عمر بن الخطاب ﷺ فأفتوا بما أفتى به. ولو كتب لسيدنا عمر بن الخطاب ﷺ أن يرجع الى الدنيا تارة أخرى، ويرى ما عليه المسلمون من الفوضى في الطلاق ومن الاقدام على ايقاع الطلقات الثلاث مرة واحدة بزعم أنه عمل مشروع أباحه لهم القرآن والسنة النبوية لرجع عن اجتهاده، ولقضى بما كان معمولاً به في عهد الرسالة وفي خلافة أبي بكر ﷺ والسنتين الأوليين من خلافته. (والله اعلم بالصواب)

### حكم الطلاق المقتن بعدد في قوانين الأحوال الشخصية المأخوذة من الفقه الاسلامي:

أخذت هذه القوانين بالقول بان الطلاق المقتن بعدد أيا كان هذا العدد لا تقع به الا طلبة واحدة وفيما يلي بعض منها:

القانون العراقي: (الطلاق المقتن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع الا واحدة). (م ٣٧/٢)

الأردني: (يملك الزوج ثلاث طلقات متفرقات في ثلاثة مجالس). (م ٨٥)

السوري: (الطلاق المقتن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع الا واحداً). (م ٩٢)

المغربي: (الطلاق المقتن بعدد لفظاً أو إشارة أو كتابة لا يقع الا واحداً). (الفصل ٥١)

السوداني: (الطلاق الثلاث يعتبر طلبة رجعية). (المنشور الشرعي السوداني)

(١) يقول ابن تيمية: (فلما كان الناس لم يلزموا بالثلاث يفعلون المحرم رأى عمر الزامهم بذلك لانهم لم يلزموا طاعة الله ورسوله مع بقاء النكاح، ولكن كثير من الصحابة والتابعين نازعوا من قال ذلك، أمّا لانهم لم يروا التعزيز بمثل ذلك، وأمّا لان الشارع لم يعاقب بمثل ذلك. وهذا فيمن يستحق العقوبة. وأمّا من لا يستحقها بجهل أو تأويل فلا وجه لالزامه بالثلاث. فتأوى ابن تيمية ١٦/٣٣.



## المبحث الثالث

### حكم التعليق في صيغة الطلاق

لصيغة الطلاق صورتان: التنجيز، والتعليق. والتعليق قد يكون حلفاً كما يكون شرطاً محضاً.

التنجيز: وهو كل عبارة أراد بها الزوج إيقاع الطلاق منذ لحظة التلفظ بالصيغة كقول الزوج لزوجته: (انت طالق).

وحكمه: أنه يقع به الطلاق حالاً إذا توافرت أركانه وشروطه. والأصل في الطلاق أن يكون بصيغة التنجيز، لأنه شرع للحاجة وهي تقتضي ذلك. وبناء على هذا الأصل قال بعض الفقهاء لا يقع الطلاق إلا منجزاً.

التعليق: وهو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى كقول الزوج لزوجته: (ان أبرأت ذمتي من مهرك المؤجل فانت طالق).

التعليق الخلفي: وهو ما يقصد به الحث على فعل شيء أو تركه دون أن يكون للزوج رغبة في الطلاق أو وطر كان يقول: (بالطلاق لأفعلن كذا)، أو يقول (يلزمني الطلاق أن لم أفعل كذا)، أو غير ذلك من التعابير الأخرى المتداولة بين الناس.

ولزيادة الإيضاح نخصص لدراسة كل من التعليق المحض والتعليق الخلفي فرعاً مستقلاً.

## الفرع الأول حكم التعليق المحض

اختلف الفقهاء في مدى سلطان ارادة الزوج - أو من يقوم مقامه - في تعليق الطلاق على أربعة آراء:

### الرأي الأول - لا يقع الطلاق غير المنجز:

أي كل تعليق في الطلاق يبطله، ولا يترتب عليه أي أثر شرعي من وقوع الطلاق. ومن اختار هذا الاتجاه: الجعفرية، والظاهرية، وأبو عبد الرحمن من الشافعية، وبعض فقهاء الحنابلة، وأشهب من المالكية - أن فعلت الزوجة المعلق عليه بقصد وقوع الطلاق - ونسب هذا الرأي الى علي بن ابي طالب عليه السلام، وقال به القاضي شريح، وطأوس، وعكرمة، وعطاء، وأبو ثور.

#### الجعفرية:

جاء في الخلاف: (لا يقع الطلاق أن علقه بشرط من الشروط أو بصفة من الصفات المستقبلية فانه لا يقع أصلاً لا في الحال ولا في المستقبل حين حصول الشرط والصفة)<sup>(١)</sup>. واستدلوا على ذلك بأدلة منها:

- ١- اجماع الفرقة واخبارهم لانهم لا يختلفون في ذلك.
- ٢- الأصل بقاء العقد، وإيقاع هذا النوع من الطلاق يحتاج الى دليل والشرع خال من ذلك.
- ٣- أن ظاهر أدلة الحصر في (انت طالق) يقتضي عدم سببية الصيغة المشتبهة على التعليق.
- ٤- قالوا: لا يقع بمجرد الشرط اذ لا علاقة بينهما، ولا بمجرد الجزاء اذ هو معلق على الشرط، ولا بمجموعهما اذ لا يجتمعان لعدم الشرط عند حصول الجزاء، ولا بأمر خارجي اذ لا يعقل ذلك فيبطل.

(١) الخلاف في الفقه للطوسي المرجع السابق ٢٣٠/٢.

٥- قالوا: عند حصول الشرط يعدم لفظ الطلاق فكيف يقع؟<sup>(١)</sup>.

### الظاهرية:

قالوا: لا يقع الطلاق الا منجزا فمن علّق طلاقه على شرط أو اضافة الى زمن فهو باطل. وحجتهم:

١- لانه لم يرد في القرآن ولا في سنة الرسول ﷺ طلاق غير منجز. والقول بصحة الطلاق المعلق تجاوز عن حدود الله ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾.

٢- ولان كل طلاق اذا لم يقع حين ايقاعه فمن المحال أن يقع بعد ذلك في حين لم يوقعه فيه<sup>(٢)</sup>.

### الشافعية:

قال ابن القيم: (قال بعدم وقوع الطلاق المعلق مطلقاً، أبو عبد الرحمن احمد بن يحيى بن عبد العزيز وهو من أجل اصحاب الشافعي. وهذا مذهب لم ينفرده، بل قال به غيره من أهل العلم)<sup>(٣)</sup>.

### المالكية:

قال أشهب وهو من أفقه أصحاب الأمام مالك على الاطلاق بعدم وقوع الطلاق المعلق - اذا فعلت الزوجة الفعل المعلق عليه بقصد وقوع الطلاق - . وهذا من أصول مالك في مقابلة الانسان بتقيض قصده كحرمان القاتل من ميراث مقتوله، وتوريث امرأة من طلقها في مرض موته<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية المرجع السابق ١٤٧/٢-١٤٨. شرائع الاسلام ٥٦/٢. المختصر النافع ص ٢٢٢. مستدرک الوسائل ٦/٢. رياض المسائل المجلد الثاني كتاب الطلاق.

(٢) المحلى لابن حزم الظاهري ٢١٣/١٠ وما بعدها.

(٣) أعلام الموقعين ١٠١/٤.

(٤) المرجع السابق ٩٧/٤.

### الحنابلة:

يعتبر ابن تيمية وابن القيم على رأس القائلين بعدم وقوع الطلاق المعلق أن قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه<sup>(١)</sup>.

ونسب هذا الرأي الى علي ابن أبي طالب وبعض التابعين، يقول الاستاذ الشيخ علي الخفيف: (ذهب فريق من الفقهاء الى أن التعليق باطل ولم يشرع الا الطلاق المنجز وهو الذي يدل عليه قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ فان الأمر بالطلاق في وقت معين يقتضي أن يكون منجزاً في ذلك الوقت والطلاق المعلق غير مشروع ومردود عليه.

ولا يترتب عليه شيء.. وروي عن علي عليه السلام، وشریح، وطاؤوس، وأبي ثور<sup>(٢)</sup>.

### الرأي الثاني . أن التعليق باطل وغير مبطل فيقع حالاً:

ذهب أنصار هذا الاتجاه الى أن تعليق الطلاق باطل لانه يستلزم الفساد فيلغو أثره، لكنه غير مبطل فيقع الطلاق حالاً وفي لحظة التلفظ بالصيغة. وهو احدى روايتي الأمام مالك وقول جماعة من التابعين، ومذهب الاباضية في بعض صوره وحجتهم: (انه لو لم يقع في الحال لحصل منه استباحة وطء مؤقت ذلك غير جائز في الشرع، لان الزوج قد جعل الاستباحة الى أجل تنتهي عنده ولهذا حرم نكاح المتعة لدخول الأجل فيه).

### التابعون:

قال ابن قدامة: (وقال سعيد بن المسيب، والحسن، والزهري، وقتادة، ويحيى، الانصاري، وربيعة، ومالك: اذا علق الطلاق بصفة تأتي لا محالة كقوله أنت طالق اذا طلعت الشمس طلعت في الحال، لان النكاح لا يكون مؤقتاً بالزمان ولذلك لا يجوز أن يتزوجها شهراً<sup>(٣)</sup>).

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٢٣/٣٣ وما بعدها اعلام الموقعين ١٠٢/٤ وما بعدها.

(٢) فرق الزواج للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص ١١٢.

(٣) المغني والشرح الكبير ٣١٨/٨.

## المالكية<sup>(١)</sup>:

قالوا: يقع الطلاق منجزا اذا علق بماض ممتنع عقلا أو عادة أو شرعا، وكذا اذا علقه على أمر مستقبل محقق وقوعه كانت طالق بعد سنة فانه ينجز عليه الطلاق لانه حينئذ شبه بنكاح المتعة، وكذا أن علقه بما لا صبر عنه مثل أن قمت أو قعدت، ولم يعين زمنا، لان ما لا صبر عنه كالمحقق. وكذا أن علقه على أمر لا يمكن الاطلاع عليه في الحال كانت طالق اذا كان حملك بنتا، وكذا أن علقه على مشينة مغيبة كانت طالق أن شاء الله.

وقالوا: لا يقع الطلاق اذا علق بمستقبل ممتنع كانت طالق أن لمست السماء<sup>(٢)</sup>.

وما قاله الدكتور عبد الرحمن الصابوني في كتابه (مدى حرية الزوجين في الطلاق)<sup>(٣)</sup> من أنه (اذا علق الطلاق على أمر مستحيل الوقوع فلا يقع الطلاق عند المالكية) ليس قولاً صحيحاً على إطلاقه، حيث لم يفرق بين المعلق بماض ممتنع وبمستقبل ممتنع، فيقع في الحالة الأولى حالا كما ذكرنا أنفاً. وروي عن الأمام مالك روايتان في تعليق الطلاق بأمر ممكن الوقوع، احدهما تتفق مع الحنفية والشافعية فيقع الطلاق عند وجود الشرط. والآخرى يقع حالا<sup>(٤)</sup>.

ويؤخذ مما سردناه أن المالكية وإن قالوا بصحة التعليق في الطلاق مبدئياً، إلا أنهم يعتبرونه كالتنجيز في بعض صورته ومانعاً من وقوع الطلاق في صور أخرى كالتعليق على مستقبل مستحيل أو على مشينة من لم تعلم مشينته.

## الاباضية:

قال الاباضية يقع الطلاق حالا اذا علقه بممكن ممنوع شرعا، أو معدوم، أو ممتنع عقلا أو عادة، جاء في جوهر النظام<sup>(٥)</sup>.

وان يعلقه بممكن ممنوع	وجوده شرعا فحالا يقع
وان بمعدوم يعلقنا	فانها بالحال تطلقنا
كقول من قال اذا شريرت	ما دخل الكوز فقد طلقت

(١) شرح الخرشي ٥٤/٤ وما بعدها.

(٢) الخرشي المرجع السابق.

(٣) الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق ١٩٣/١.

(٤) ينظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٦٥/٢ وما بعدها.

(٥) جوهر النظام المرجع السابق ٢٢٠/٢ وما بعدها.

ولم يكن بالكوز شيء يشرب      فانها تطلق ثم تذهب  
اذ يقع الطلاق والتعليق      يلفى فلا يعلق التعليق  
ومثله الشرط الذي لم يقدر      على وقوعه صنف البشر

**الرأي الثالث:** فيه تفصيل ذو شقين يتفق مع الرأي الثاني في شق. ومع الرأي الرابع<sup>(١)</sup> في الشق الآخر. وهو أنه أن كان الطلاق المعلق ثلاثاً وقع في الحال. وإن كان رجعياً يقع بعد تحقق المعلق عليه. وهذا إحدى الروايتين عن الإمام أحمد. ووجه هذا القول أنه إذا كان ثلاثاً لم يحل وطؤها بعد الاجل وإن كان رجعياً جاز ذلك فلا يصير الحال موقفاً. ويقول ابن القيم وهذا أفقه من الرأي الثاني<sup>(٢)</sup>.

**الرأي الرابع:** أن الزوج يتمتع بحرية تامة في اختيار صيغة الطلاق تعليقا أو تنجيذا فالطلاق المعلق على شرط أو المضاف إلى زمن يقع بعد تحقق المعلق عليه. وهو مذهب الحنفية والشافعية وجمهور الحنابلة، والزيدية.

**الحنفية:** جاء في الجوهرة<sup>(٣)</sup> وإذا أضاف إلى شرط وقع عقيب الشرط مثل أن يقول أن دخلت الدار فانت طالق. هذا بالاتفاق لأن الملك قائم في الحال. والظاهر بقاءه إلى وقت الشرط. ولأنه إذا علق بالشرط صار عند وجود الشرط كالمتكلم بالطلاق في ذلك الوقت.

**الشافعية:** جاء في المذهب<sup>(٤)</sup> إذا علق الطلاق بشرط لا يستحيل كدخول الدار وبجيء الشهر تعلق به. فإذا وجد الشرط وقع وإذا لم يوجد لم يقع لما روي أن النبي ﷺ قال: ((المسلمون عند شروطهم))<sup>(٥)</sup>.

(١) كان من الأوفق تأخير الثالث إلا أنه قدمناه لاختصاره.

(٢) إغاثة اللهفان ١٩٣/٢.

(٣) الجوهرة النيرة ١١٠/٢. قارن المبسوط للسرخسي ١٠١/٦ وما بعدها، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ٣٤١/٣ وما بعدها.

(٤) المذهب ٩٣/٢ ينظر أيضا الانوار المرجع السابق ٢١١/٢ وما بعدها حاشية الباجوري ١٤٧/٢ وما بعدها.

(٥) كان من الأوفق تأخير الثالث إلا أنه قدمناه لاختصاره.

**الحنابلة:** (جاء في المغني<sup>(١)</sup>) إذا وقع الطلاق في زمن أو علقه بصفة تعلق بها لم يقع حتى تأتي الصفة أو الزمن) علله ابن قدامة بأنه إزالة ملك يصح تعليقه بالصفات فمن علقه بصفة لم يقع قبلها.

**الزيدية:** قالوا: (ان الطلاق المشروط يترتب وقوعه على حصول الشرط فلا يقع حتى يحصل نفياً أو اثباتاً ولو كان ذلك الشرط مستحيلاً. أما إذا علقه بمعلوم الحصول كطلوع الشمس فإن علقه بالنفي نحو أن لم تطلع الشمس فانت طالق فلا يقع، وكذا أن علقه بالماضي نحو أن جاء زيد فانت طالق، وقد جاء لأنه يشبه أنت طالق أمس وهو باطل عندهم. وان علقه بالاثبات نحو أن طلعت الشمس لم يقع الا بحصول الشرط. فان علقه بممكن ومستحيل فلا يقع شيء<sup>(٢)</sup>).

### شروط التعليق عند من يقول بوقوع الطلاق المعلق:

١- يشترط أن لا يكون المعلق عليه موجوداً وقت إنشاء الصيغة والا يكون التعليق صورياً والطلاق منجزاً.

٢- أن تكون الزوجية قائمة حقيقة أو حكماً وقت تحقق المعلق عليه والا يلغو الشرط واثره.

٣- أن يكون المعلق عليه أمراً ممكن الوقوع فان كان مستحيلاً ففيه التفصيل الآتي:  
أ - قال الحنفية التعليق بالمستحيل لا يترتب عليه أي أثر. جاء في الدر المختار<sup>(٣)</sup>:  
(وشرط صحة التعليق كون الشرط معدوماً على خطر الوجود. فالمتحقق كان كان السماء فوقاً تنجز. والمستحيل كان دخل الجمل في سم الحياط لغوا). ولم يفرقوا بين المستحيل في الماضي والمستحيل في المستقبل.

ب - قال المالكية أن علقه بمستقبل مستحيل لا يقع وان علقه بماضٍ مستحيل يقع منجزاً كما سبق.

(١) المغني والشرح الكبير ٣١٨/٨.

(٢) يراجع التاج المذهب ١٣٠/٢.

(٣) يراجع حاشية الطحاوي على الدر المختار ١٥٠/٢.

ج - قال الشافعية فإن علقه بمستحيل اثباتاً لم يقع، ونفياً يقع في الحال. جاء في نهاية المحتاج<sup>(١)</sup> أن علقه بمستحيل عقلاً أو شرعاً أو عادة لم يقع في الحال شيء. وعلق عليه المغربي<sup>(٢)</sup> فقال بخلاف النفي فإن حكمه الوقوع حالاً. وأمّا التعليق بنفي فعل أمر ممكن كان لم تدخل الدار فانت طالق. فالمذهب لا يقع إلا باليأس من الدخول<sup>(٣)</sup>.

د - وقد سبق أن الزيدية قالوا لا يقع المشروط حتى يحصل الشرط نفيّاً أو اثباتاً ولو كان ذلك الشرط مستحيلاً<sup>(٤)</sup>.

هـ - الإباضية: قالوا: يقع الطلاق المعلق بمستحيل حالاً<sup>(٥)</sup>.

الا أن هؤلاء اختلفوا في أنه هل هو مطلق في الحال وتحقق الشرط يكون لنفوذ الطلاق أو هو مطلق عند تحقق الشرط؟ فعلى الأول يتقدم السبب ويتأخر شرط تأثيره وعلى الثاني يتأخر السبب تقديراً إلى مجيء الوقت.

وتوضيح ذلك: إذا قال الزوج لزوجته أنت طالق أن كلمت فلانا، فقله: (انت طالق) علة لوقوع الطلاق، وقله (ان كلمت فلانا) شرط لها. واختلفوا في طبيعة هذا الشرط هل هو شرط لوجود العلة أو شرط لتأثيرها؟ فقال بعض الفقهاء كالحنفية لا وجود للعلة قبل تحقق الشرط. وقال جماعة كالشافعية العلة موجودة قبل الشرط إلا أن تأثيرها يتوقف على وجود الشرط.

وأرى أن الخلاف<sup>(٦)</sup> شكلي حيث أن أريد بها العلة التامة أي التي تحققت شرائطها وانتفت موانعها فلا وجود لها قبل الشرط بالاتفاق وإن أريد بها العلة الناقصة فهي موجودة قبل الشرط بلا خلاف حيث لا تعاد الصيغة مجدداً لدى الكل بعد تحقق الشرط.

(١) نهاية المحتاج ٤١/٧. وفي حاشية الباجوري (١٤٨/٢): (ولو علق بمستحيل اثباتاً لم يقع بخلاف ما إذا علق بمستحيل نفيّاً كان قال أن لم تصعدي السماء فانت طالق فإنه يقع الطلاق حالاً).

(٢) تراجع حاشية المغربي على نهاية المحتاج ٤٥/٧.

(٣) تراجع مغني المحتاج ٣١٨/٣.

(٤) تراجع التاج المذهب ١٣٠/٢ وما بعدها.

(٥) تراجع جوهر النظام ٢٢١/٢.

(٦) تراجع اغاثة اللهفان ١٩٣/١.



## مناقشة أدلة هذه الآراء:

١- يمكن انتقاد رأي الظاهرية بان مصادر الفقه الاسلامي ليست ظاهر الكتاب والسنة فحسب بل هناك مصادر أخرى ثانوية كالاجماع والقياس والعرف والمصالح المرسلة وسد الذرائع وقول الصحابي.. ثم كما أنه لم يرد نص في الكتاب والسنة يدل على صحة التعليق، كذلك لم يرد ما يدل على بطلانه. الا أن يقال أن رأيهم هذا مبني على أن الأصل في الشرط عدم الجواز ما لم يرد به نص. لكن عدم العلم بالنص لا يستلزم عدمه في نفس الأمر.

٢- ويقال للجعفرية: أن الطلاق يقع بمجموع الشرط والجزاء جاء نظير ذلك في القرآن الكريم. قال تعالى: ﴿إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ ﴿وَأَنْ جَنَحُوا لِلسَّلَامِ فَاجْنَحْ لَهَا﴾. وأمثاله كثيرة في القرآن والسنة النبوية. وقولهم عند حصول الشرط بعدم لفظ الطلاق يرد بانه عند وقوع الشرط يتجدد اللفظ بايقاع الطلاق تقديراً كما في كل تعليق<sup>(١)</sup>.

٣- وأما قول اشهب المالكي: فانه موافق لقاعدة (القصد السيء يرجع الى أهله) ويتفق مع منطق الشريعة الاسلامية، لكن لا يدل على أن عدم الوقوع سببه هو التعليق.

٤- ويقال لاصحاب الرأي الثاني: لا يجوز أن يؤخذ حكم الدوام من حكم الابتداء للقاعدة العامة (يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء). فالفقه الاسلامي فرق بينهما في مواضيع كثيرة منها: أن ابتداء عقد الزواج فاسد في الاحرام دون دوامه. وابتداء العقد على المعتدة فاسد دون دوامه. وابتداء العقد على الزانية فاسد عند الأمم احمد ومن وافقه دون دوامه.

ولا يقاس على نكاح المتعة لان المعني الذي حرم لاجله نكاح المتعة هو كون العقد مؤقتاً من اصله، وهذا العقد مطلق لكن عرض له ما يبطله ويقطعه فلا يبطل كما لو علق الطلاق بشرط وهو يعلم أنها تفعله.

وعلى الرغم مما سبق من الآراء والأدلة ومناقشتها فاعلم الظن أنه لم يصل لحد الان أي فقيه الى دليل قطعي يثبت صحة تعليق الطلاق أو بطلانه غير أنه يخطر ببال كل متتبع سؤال وهو: لماذا يبطل النكاح والبيع وغيرهما من أكثر التصرفات القولية بالتعليق دون

(١) يراجع البحر الزخار ١٩١/٣.

الطلاق مع خطورته وأهميته في حياة الأسرة والمجتمع فما الذي أوجب الغاء هذا وأقر صحة ذلك؟

وبهذا الصدد يقول ابن القيم<sup>(١)</sup>: (قولنا في تعليق الطلاق بالشرط كقولكم في تعليق الإبراء، أو الهبة، والوقف، والبيع، والنكاح.... سواء، فلا يمكنكم البتة أن تفرقوا بين ما صح تعليقه من عقود التبرعات و المعاضات والاسقاطات بالشروط وما لا يصح تعليقه، فلا تبطلوا قول منازعيكم في صحة تعليق الطلاق بالشرط بشيء، الا كان هو بعينه حجة عليكم في ابطال قولكم في منع صحة تعليق الإبراء والهبة والوقف والنكاح. فما الذي أوجب الغاء هذا التعليق وصحة ذلك التعليق؟ فان فرقتم بالمعاضة وقلتم: أن عقود المعاضات لا تقبل التعليق بخلاف غيرها.

انتقض عليكم طرداً بالجمالة وعكساً بالهبة والوقف، فانتقض عليكم الفرق طرداً وعكساً. وان فرقتم بالتعليق والاسقاط فقلتم (عقود التمليك لا تقبل التعليق بخلاف عقود الاسقاط) أنتقض أيضاً طرده بالوصية، وعكسه بالإبراء، فلا طرد ولا عكس. وان فرقتم بالادخال في ملكه والاخراج عن ملكه فصحتكم التعليق في الثاني دون الأول أنتقض أيضاً فرقكم فان الهبة والإبراء اخرج عن ملكه ولا يصح تعليقهما عندهم.

وان فرقتم بما يحتمل الفرر وما لا يحتمله فما يحتمل الفرر والأخطار يصح تعليقه بالشرط كالطلاق والعق والوصية وما لا يحتمله لا يصح تعليقه كالبيع والنكاح والاجارة أنتقض عليكم بالوكالة فانها لا تقبل التعليق عندهم وتحتمل الخطر... الى آخره).

(١) اعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ١٠٢/٤ وما بعدها.

## الفرع الثاني الحلف بالطلاق

سبق أن بينّا أن التعليق قد يكون حلفاً، إلا أن الفرق بينهما دقيق لا يُعرف إلا بالقصد والغرض وطبيعة المعلق عليه، لكن هذا الخلط بين التعليق والحلف غير وارد، إذا استعمل الزوج صيغة اليمين الاعتيادية كان يقول (بالطلاق أفعل كذا) أو (بالطلاق لا أفعل كذا).

### حكم الحلف بالطلاق:

في هذه المسألة خلاف بين السلف والحلف على ثلاثة آراء<sup>(١)</sup>:

#### الرأي الأول :

يقع الطلاق إذا حنّث في يمينه، وهذا هو المشهور عن جمهور الفقهاء من الحنفية<sup>(٢)</sup>، والمالكية<sup>(٣)</sup>، والشافعية<sup>(٤)</sup>، وبعض الحنابلة<sup>(٥)</sup>، والزيدية<sup>(٦)</sup>. حتى اعتقد طائفة من المتأخرين أن الوقوع ثابت بالاجماع<sup>(٧)</sup>، وحجتهم: أن الزوج التزم أمراً عند وجود شرط، فلزمه ما التزمه. ويناقش هذا الرأي من أوجه متعددة منها:

- ١- لم يثبت لا بنص ولا اجماع.
- ٢- اليمين بغير ذات الله وصفاته باطل، وما يبنى على الباطل فهو باطل.
- ٣- منقوض بنذر الطلاق والمعصية والتزام الكفر على وجه اليمين.

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢١٥/٣٣.

(٢) حاشية الطحاوي ١٥٠/٢.

(٣) شرح الخرشي ٥٤/٤.

(٤) نهاية المحتاج ٣٨/٧. مغني المحتاج ٣١٢/٣.

(٥) الروض المربع ١٧١/٣ وما بعدها.

(٦) التاج المذهب المرجع السابق ١٥٨/٢ وما بعدها.

(٧) مجموع فتاوى ابن تيمية المرجع السابق، ٢١٦/٣٣.

### الرأي الثاني:

لا يقع به طلاق ولا تجب عليه كفارة:

وقد روي هذا الرأي عن علي بن أبي طالب عليه السلام، وقال به القاضي شريح، وطأوس، وعكرمة، مولى ابن عباس، وهو مذهب الجعفرية، والظاهرية، والأباضية.  
الجعفرية:

قالوا: لا يقع الطلاق المعلق على شرط، ولا المجمعول يميناً لما روي عن جعفر بن محمد: (من حلف بالطلاق أو العتاق ثم حنث فليس ذلك بشيء)، إذا لا تطلق امرأته عليه، ولا يعتق عليه عبده.

ولأن الرسول ﷺ نهى عن اليمين بغير الله، ونهى عن الطلاق بغير السنة<sup>(١)</sup>.

### الظاهرية:

قالوا: اليمين بالطلاق لا يلزم سواء برّ أو حنث لا يقع به طلاق. ولا طلاق الا كما أمر الله ﷻ، ولا يمين الا كما أمر الله على لسان رسوله، برهان ذلك قول الله ﷻ: ﴿ذَلِكَ كَفَارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾. وقول النبي ﷺ: ((من كان حالفاً فلا يحلف الا بالله))<sup>(٢)</sup>. وبناء على هذا فإن كل حلف بغير الله معصية وليس يميناً<sup>(٣)</sup>.

### الأباضية:

قالوا: الحلف بالطلاق معصية وإن القول بوقوع الطلاق المحلوف به أن حنث قول مستحدث، وبدعة سيئة. جاء في جوهر النظام:

وحلف الطلاق نوع معصية فاعله ليس له من تزكية

لأنه بغير ربي أقسم فهو بغير ربه عظما

والحلف في طلاقها أن حنثاً والقول بالطلاق مما أحدثا<sup>(٤)</sup>

ورجح هذا الرأي المرحوم الأستاذ الشيخ محمود شلتوت شيخ جامعة الأزهر سابقاً، فقال: إن الحالف بالطلاق لا يكون كافراً، استناداً إلى قول النبي ﷺ ((من حلف بغير الله فقد كفر)). لأن هذا الحديث قصد به المبالغة في الزجر عن الحلف بغير الله، وقد كان العهد عهد

(١) مستدرک الوسائل ٦/٣.

(٢) مسلم : ٣١٠٦

(٣) المحلى لابن حزم الظاهري ٢١١/١٠-٢١٢.

(٤) جوهر النظام ٢٢٢/٢.

تعظيم بغير الله من المخلوقات أو المصنوعات. والحلف بالطلاق ليس فيه معنى التعظيم الذي كان منظوراً إليه في ذلك العهد، وإنما هو عبث بألفاظ اليمين وحلف بغير ما شرع الله له الحلف به ومن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت. وأصح الآراء الحلف بغير الله ولو كان نبياً مرسلًا أو ملكاً مقرباً، أنه حرام وأنه لا ينعقد، وكفارته التوبة والاستغفار<sup>(١)</sup>.

### الرأي الثالث:

أن هذه يمين من أيمان المسلمين، فيجري فيها ما يجري في هذه الأيمان من الكفارة عند الحنث، إلا أن يختار الحالف إيقاع الطلاق فله أن يوقعه، فلا تجب عليه الكفارة. قال ابن تيمية<sup>(٢)</sup> (رحمه الله): وهو أصح الأقوال وهو الذي يدل عليه الكتاب والسنة وقول طائفة من السلف والخلف، وهو مقتضى المنقول من أصحاب رسول الله ﷺ وبه يفتي كثير من المالكية وغيرهم.

### والذي أميل إليه:

هو أنه لا يقع الطلاق غير المنجز أو المشروط أو المستعمل بصيغة اليمين للأسباب الآتية:

- ١- اتفق الفقهاء على أن كل تصرف قلبي أو فعلي إذا كان معلقاً على شرط يكون باطلاً، وقولهم بوقوع الطلاق المعلق إذا تحقق المعلق عليه يكون مناقضاً لهذا الاتفاق.
- ٢- الطلاق أخطر تصرف قلبي يصدر عن الإنسان، فإذا كان البيع أو الهبة أو نحوهما معلقاً على الشرط يبطل، فالمفروض أن الطلاق إذا كان معلقاً على شرط يكون باطلاً من باب أولى، لأنه أبغض الحلال إلى الله، ولأن سلبياته دائماً أكثر من إيجابياته بالنسبة للزوجين والأولاد وغيرهم.

- ٣- أجمع فقهاء الإسلام على أن الحلف بغير ذات الله وصفاته باطل، وبناء على ذلك يكون الحلف بالطلاق باطلاً، وما يبنى على الباطل باطل، فلا يقع الطلاق إذا حنث الحالف في حلفه.

- ٤- الشريعة يجب أن تؤخذ من منبعها لا من اجتهادات الفقهاء، وإذا رجعنا إلى منبع الشريعة الإسلامية لا نجد الطلاق المعلق أو الحلف بالطلاق، لا في كتاب الله ولا في سنة رسول الله ولا في فتاوى وأقضية الصحابة.

(١) أنظر فتاوى الأمام محمود شلتوت ٣٠/١.

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ٢٢٢/٢١٨-٢١٩.

٥- أن التعليق في الطلاق والحلف به استحدثا في العهد الأموي، حين كان المسؤولون في الخلافة الاموية يتهمون من يعارضهم في الخلافة والسياسة بانهم من أنصار العلويين، فحين القاء القبض على من يُتهم بهذه التهمة لم تكن هناك عقوبة سالبة للحرية بالسجن أو الحبس، لذا كانوا يلجأون الى الحلف ب القرآن على أن لا يخونهم ولا يكون من أنصار منأوتئهم، ثم يتبين خلاف ذلك، لذا لجأوا الى استخدام طريقة أخرى وهي التعليق بالطلاق أو الحلف به، وكان المتهم يقول إذا تعاونت مع المعارضة يقع طلاق زوجتي، أو يقول بالطلاق لا أخونكم ولا أكون من أنصار من يعارضكم، فإذا ظهر كذب المتهم عندهم يحكمون بوقوع طلاقه وبعدد السماح باستمرار الزوجية بينه وبين زوجته، وبهذه الطريقة ظهر التعليق بالطلاق والحلف به، ثم أصبحت هذه الطريقة محل خلاف الفقهاء، فمنهم من قال ببطلان تعليق الطلاق والحلف به لعدم ورودهما في القرآن أو السنة أو فتاوى وأقضية الصحابة، ومنهم من قال بالعمل بهما وبوقوع الطلاق إذا تحقق الشرط المعلق عليه أو حنث الحالف، وهكذا إستمر الخلاف الى يومنا هذا بين مؤيد ومعارض في موضوع لا أساس له في الشريعة الاسلامية.<sup>(١)</sup>

## تعليق الطلاق والحلف به في قوانين الأحوال الشخصية:

العراقي: (لا يقع الطلاق غير المنجز أو المشروط أو المستعمل بصيغة اليمين) (٣٦م).  
الأردني: (لا يقع الطلاق غير المنجز اذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه) (٨٩م).  
السوري: (لا يقع الطلاق غير المنجز اذا لم يُقصد به الا الحث على فعل شيء، أو المنع منه، أو استعمال استعمال القسم لتأكد الأخبار لا غير) (٩٠م).  
المغربي: (الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه لا يقع) (الفصل ٥٢).  
التونسي: (لا يقع الطلاق الا لدى المحكمة وبطلب من أحد الزوجين) (الفصل ٣٠=٣١)  
يؤخذ من هذه النصوص أن المشرع العراقي أخذ برأي الجعفرية والظاهرية ومن هذا حذوهما. وان بقية القوانين أخذت برأي ابن تيمية ومن اتفق معه في حكم التعليق والحلف في الطلاق. والتونسي وان لم يصرح بهذا الحكم الا أنه يفهم منه ذلك بعد اشتراط شرطين شكليين للطلاق وهما: رفع الدعوى من أحد الزوجين والايقاع أمام المحكمة.

<sup>(١)</sup> يُنظر الإسلام قبل المذاهب عقيدة وشريعة، لجماعة من نوابغ العلماء، مطبعة الأمام ١٣ شارع محمد كريم بالقاهرة. ص ١١ وما بعدها.

## الفصل الثالث

### المطلق

سبق أن تناول الفصل الثاني من الباب الرابع أحكام الركن الأول من أركان الطلاق، وهو الصيغة، ويتضمن هذا الفصل ما يتعلق بالركن الثاني (المطلق) من الأحكام. اتفق الفقهاء على صحة الطلاق من البالغ العاقل المختار، وعلى عدم صحته من المجنون ومن في حكمه إذا كان الطلاق حال جنونه.

واختلفوا في حكم طلاق المكره، والسكران، والغضبان، والهازل والسفيه، والمخطيء، والصبي المميز، والولي، والمريض، والموالي.

ومنشأ الخلاف في المكره والسكران والغضبان والهازل والمخطيء، هو الاختلاف في اعتبار القصد هل هو عنصر من عناصر صحة الطلاق، وإن أتى المطلق بصيغة صريحة أو لا؟ فمن يراه عنصراً مطلقاً قال بعدم الوقوع، لأن المراتب التي اعتبرها الشارع أربعة: <sup>(١)</sup>

أحداها: أن يقصد الحكم ولا يتلفظ به.

والثانية: ألا يقصد اللفظ ولا حكمه.

والثالثة: أن يقصد اللفظ دون حكمه.

والرابعة: أن يقصد اللفظ والحكم معاً.

وكل من الأول والثاني لغو، والثالث مختلف فيه، والرابع متفق عليه. وبناء على هذا يعتبر كلام المكره والسكران ونحوهما لغواً. وأمّا السفيه والصبي المميز، فمرد الخلاف في طلاقهما وهو مدى الأهلية اللازمة لهذا التصرف. وأمّا المريض فطلاقه صحيح إذا لم يكن في حال الهذيان، وإنما الخلاف في توريث مطلّقه. ومنشؤه هو التعارض بين مدى تأثير سوء قصد الزواج الفار، وبين زوال سبب الارت.

ونستعرض وجهة نظر الفقهاء فيما اختلفوا فيه في المباحث العشر التالية :

## المبحث الأول

### طلاق المكره

الأكراه هو حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه، ولا يختار مباشرته لو خُلي ونفسه، فيكون مُعدماً للمرضى والاختيار عند من يقول بوحدهما - كالمجهور - وبعدم الرضا فقط دون الاختيار عند الحنفية ومن هذا حذوهم - كالاباضية - على أساس أن الفعل يصدر عنه باختياره<sup>(١)</sup> بإيثار الجانب الأسهل على الجانب الأشق.

### شروط الأكراه:

الأكراه الذي يعتبر عارضا من عوارض الأهلية ومؤثرا على صحة التصرفات يشترط فيه توفر الشروط التالية:

١. أن يكون المكره قادرا على تحقيق ما يهدد به بولاية أو تغلب أو فرط هجوم، وإن يعلم المكره ذلك.
٢. أن يكون المهدد به ضررا ماليا أو نفسيا أو أدبيا.
٣. أن يكون المكره عاجزا عن الدفع بفرار أو بمقاومة أو استعانه بغير.
٤. أن يغلب على ظنه أنه أن امتنع عن القيام بالفعل المكره عليه أوقع به المكره.
٥. أن يهدد بعقوبة عاجلة.
٦. ألا يظهر من المكره ما يدل على رضائه، وإنما يفعل ما اكراه عليه تحت تأثير خوف التهديد.
٧. أن يكون المهدد به مما يحذر منه ويؤتي بالمطلوب حذرا منه كالتخويف بالقتل، وقطع الطرف، والضرب الشديد، والحبس الطويل، وإتلاف المال بالنسبة لمن يؤثر عليه فقدان هذا المال، والاستخفاف بالشخصية، والنفي عن البلد.
٨. أن يكون الأكراه بغير حق. فإذا كان الزوج موليا ومضى على ايلاته أربعة أشهر، يجبره القاضي على معاشرة زوجته أو تطليقها. فالطلاق تحت هذا الأكراه يقع لانه بحق.

(١) شرح طلعت الشمس على الاباضية ٢ / ٢٧١



## حكم طلاق المكره:

اختلف الفقهاء في حكم طلاق المكره الى فريقين: الحنفية والجمهور ولزيادة الايضاح فنصص لوجهة نظر كل فرقة فرعاً مستقلاً.

### الفرع الأول

#### رأي الحنفية في طلاق المكره

##### الاكراه عند الحنفية

أما ملجئ (كامل): وهو التهديد بالقتل أو غوه مما يفسد الاختيار ويعدم الرضا. وأما ناقص: وهو التهديد الذي يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار. وكلا النوعين لا يؤثر في نظرهم على صحة الطلاق، وذلك لان الذي يقع عليه الاكراه أما أن يكون من الأمور الحسية (التصرفات الفعلية) كالاكراه على القتل، والسرقة، وشرب الخمر... وأما أن يكون من الأمور الشرعية (التصرفات القولية) كالاكراه على البيع، والطلاق، والزواج... فعندئذ:

أ - فان كان التصرف المكره عليه يحتمل الفسخ ويشترط فيه الرضا كالبيع والشراء والاجارة وغيرها فانه يكون فاسداً، ويفيد الملك اذا اتصل به التسليم والا فلا. وعند زفر يكون موقوفاً على اجازة المكره بعد زوال الاكراه.

ب - وان كان التصرف لا يحتمل الفسخ كالطلاق والعتاق... فانه ينفذ التصرف عندهم.

وقالوا: الطلاق أن كان قبل الدخول بالزوجة يجب نصف المهر المسمى، والمتعة في غير المسمى على المكره، لانه وجب ذلك بسبب اكراهه وان كان بعد الدخول يجب على الزوج على الرغم من الاكراه لانه استوفى منفعة البضع (التمتع بالزوجة)<sup>(١)</sup>.

(١) علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء تحقيق وتعليق الدكتور محمد زكي عبد الله ط/١/

وجملة الكلام أن الاكراه ليس له أي تأثير على صحة الطلاق ووقوعه عندهم، يقول الكاساني (وأما كون الزوج طائعا فليس بشرط عند اصحابنا - وعند الشافعي شرط - حتى يقع طلاق المكره عندنا)<sup>(١)</sup>. ويقول السرخسي: (وخلع المكره وطلاقه جائز عندنا وهو باطل عند الشافعي، فتأثير الاكراه عنده في الغاء عبارة المكره كتأثير الصبا والمجنون، وعندنا تأثير الاكراه في انعدام الرضا اهدار القول<sup>(٢)</sup>) وذهب الى رأي الحنفية الشعبي، والنخعي، والثوري.

### واستدلوا على وقوع طلاق المكره بعدة أدلة أهمها ما يلي:

١. عموم واطلاق آيات احكام الطلاق حيث لم تفرق بين طلاق المكره وطلاق الطائع.
٢. ان المكره قصد ايقاع طلاق زوجته حال الأهلية، لانه عرف الشرين واختار أهونهما، واختيار أهون الشرين علامة القصد والاختيار.
٣. قياس طلاق المكره على طلاق الهازل الذي ثبت بمديث ((ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، الطلاق والنكاح والرجعة))<sup>(٣)</sup> والجامع بينهما هو أن المكره والهازل يقصدان اللفظ دون الأثر وهو وقوع الطلاق.
٤. ما روى الفار بن جبلة عن صفوان بن عمرو الطائي من أن امرأة كانت تبغض زوجها، فوجدته نائما فوضعت شفرة على صدره، قالت له طلقني أو لأذبحك، فناشدها فأبت فطلّقها، ثم جاء الى الرسول ﷺ فسأله عن ذلك فقال ((لا قيلولة في الطلاق))<sup>(٤)</sup>.

### مناقشة هذه الأدلة:

- ١- آيات احكام الطلاق وإن وردت مطلقة إلا أنها مقيدة بسنة الرسول ﷺ كما في طلاق الصبي والمجنون، والحنفية لا ينكرون هذا التقييد بالنسبة اليهما، فلماذا أهملوه بالنسبة للمكره؟ وقد قال النبي ﷺ ((رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٧٩٢/٤.

(٢) المبسوط للسرخسي ١٧٦/٦.

(٣) رواه الترمذي وأبو داود عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة وقال الترمذي هذا حديث حسن غريب

(٤) شرح فتح القدير ٣٩/٣.

استكروها عليه<sup>(١)</sup> . ثم أنهم يقولون بعدم صحة بيع المكره مع عموم قوله تعالى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾.

٢- القول باختيار المكره لانه اختار أهون الشرين قول غير دقيق، لانه لا وجود لخيار صحيح مع الاكراه. والخنفية يعترفون بفساد الاختيار. ثم أنهم يتفقون مع الجمهور في انعدام الرضا وفي أن المكره غير راض بتطليق زوجته، وان اختياره لأهون الشرين كان لمؤثر خارجي فلا يكون كاملاً، ولذا لا يعتبر كافراً اذا اكراه على التلفظ بكلمة الكفر.

٣- قياس المكره على الهازل غير صحيح من وجهين:

أ - أن المقيس عليه محل الخلاف فلا يصح القياس عليه. ثم أن قال بوقوع طلاق الهازل استند الى مباشرة سبب الحكم باختياره، والمكره لا اختيار له فلا يقاس عليه.

ب - أنه قياس مع الفارق، لان الهازل يتكلم بكامل ارادته وحرية اختياره، وهزله إنما يكون بالنسبة الى أثره، وأما المكره فانه لا يقصد اللفظ ولا الأثر.

٤ - حديث (لا قيلولة في الطلاق) معلول من وجوه ثلاثة:

أ - ضعف صفوان بن عمرو.

ب - لين الفار بن جبلة.

ج - تدليس بقية الرواة.

ومثل هذا الحديث لا يحتاج به<sup>(٢)</sup>.

وقال ابن حزم (حديث صفوان في غاية السقوط، وصفوان منكر الحديث).<sup>(٣)</sup>

وعلى تقدير صحة الحديث فانه يُحمل على أن الرسول ﷺ قد احس بمدى بغض الزوجة لزوجها حتى أنها حاولت ذبحه، فأدرك أن العشرة مستحيلة.<sup>(٤)</sup>

(٤) رواه ابن ماجه والبيهقي عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكروها عليه .

(٣) زاد المعاد ٤/٤٠.

(٣) المحلى لابن حزم الظاهري ١٠/٢٠٣.

(٤) احكام الاسرة في الاسلام للاستاذ محمد سلام مذكور ٦٤/٢ .

والواقع أن الأساس الذي بنى الحنفية وقوع طلاق المكره عليه هو التفريق بين الرضا والاختيار، خلافاً لجمهور الفقهاء حيث قالوا: أن الاختيار هو قصد العبارة أو ما يقوم مقامها من إشارة أو كتابة باعتبارها سبباً عادياً لإنشاء العقود، ووسيلة شرعية لاستحداثها سواء وجدت الرغبة في إنشاء العقد أم لا، ما دام قد تم الاختيار بترجيح فعل شيء على تركه، غير أن الاختيار يكون فاسداً أن لم يستصحبه الميل والرغبة، بأن يكون دفعا لشر أخطر واختياراً لأخف الضررين.

وأما الرضا فهو ارتياح النفس وانبساطها من عمل ترغب فيه (بأن ترغب في ترتب الآثار الشرعية على التصرف) وبناء على هذا التعريف يمكن أن يوجد الاختيار دون أن يتحقق معه الرضا.

وبناء على ذلك قالوا: أن المكره على الطلاق قد قصد صيغة الطلاق واختيارها باعتبارها أهون الشرين، وبذلك قام الاختيار مقام الرضا، وأما جمهور الفقهاء فإنهم يرون أن الرضا هو الاختيار أي قصد العاقد لإنشاء العقد طلباً لآثاره، فالرضا والاختيار بمعنى واحد، وهما يعبران عن الإرادة والرغبة في إنشاء العقد. وبناء على ذلك لا يتصور عندهم صحة التصرف من غير تحقق الاختيار الذي هو عين الرضا.<sup>(١)</sup>

(١) الفقه الإسلامي للاستاذ محمد سلام مذكور ص ٤٠٤ - ص ٤٠٦.

## الفرع الثاني رأي جمهور الفقهاء في طلاق المكره

اتفق الجمهور (المالكية، والشافعية، والحنبلة، والجعفرية، والزيدية، والظاهرية، والاباضية): على أن طلاق المكره لا يقع اذا توافرت شروط الاكراه المذكورة في الفرع السابق، لان الاكراه من العوارض التي تُفسد الارادة، فالمكره يعمل بما لا يريده. الا أن بعض المالكية والشافعية والحنبلة والزيدية اضافوا الى الشروط السابقة شرطا اخر وهو التورية<sup>(١)</sup>. ثم أنهم لم يتفقوا على ضابطة موحدة لمعرفة ثبوت الاكراه ومداه، فمنهم من شدد في المعيار، ومنهم من قال: يتحقق الاكراه بأدنى ضرر مادي أو معنوي.

### المالكية:

قالوا: لا يقع طلاق المكره في الفتيا والقضاء اذا لم يكن قاصدا بطلاقه حل العصمة باطنا ولم يكن الاكراه بحق، خلافا للمغيرة حيث يرى عدم لزوم الطلاق ولو كان الاكراه شرعيا. واستدلوا على عدم نفاذ طلاق المكره بعدة أدلة منها:

١- قول النبي ﷺ (( لا طلاق في اغلاق ))<sup>(٢)</sup>، وقوله: (( ان الله وضع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ))<sup>(٣)</sup>.

٢- قياس المكره على المجنون في عدم توجيه قصده الى حل العصمة عند إنشاء صيغة الطلاق، وفي عدم اختياره.

جاء في الشرح الكبير<sup>(٤)</sup>: (من اكراه على ايقاع الطلاق لا يلزمه شيء في فتوى ولا قضاء. فخر مسلم لا طلاق في اغلاق، بل لو اكراه على واحدة فأوقع أكثر، فلا شيء عليه لان المكره لا يملك نفسه كالمجنون اي ولم يكن قاصدا بطلاقه حل العصمة باطنا والا لوقع عليه).

(١) التورية هي: أن يأتي المتكلم بلفظ فيه ايهام على السامع له معنيان قريب وبعيد ويريد البعيد كقوله: هي طالق ويريد من وثاق مثلا.

(٢) سنن أبي داود مع حاشية عون المعبود ٢/٢٢٥.

(٣) رواه ابن ماجه (٢٠٤٥) ورواه ابن حبان (١٤٩٨).

(٤) ٣٦٧/٢

وفي الخرخشي: (وما قدمه من أن المكره لا يصح طلاقه ولا يلزمه فيه شيء، مشروط بأن لا يكون الحالف قد ترك التورية مع معرفته لها)<sup>(١)</sup>.

لكن يبدو من بعض المراجع أن المالكية لم يتفقوا على ضرورة توفر شرط التورية، حيث جاء في الشرح الصغير: (وأما المكره فلا يلزمه في فتوى ولا قضاء لقوله ﷺ ((لا طلاق في أخلاق) أي إكراه ولو ترك التورية))<sup>(٢)</sup>.

### الشافعية:

قالوا: لا يقع طلاق المكره كما لا يصح إسلامه، لقول النبي محمد ﷺ: ((رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه))... ونحو ((لا طلاق في أخلاق)). ولأنه قول لو صدر منه باختياره طلقت زوجته، فإن إكراهه عليه بباطل لغا كرده. ولا فرق بين الإكراه الحسي والشرعي: فلو حلف ليطان زوجته الليلة، فوجدها حائضاً، أو حلف ليقضين زيدا حقه في هذا الشهر فعجز عنه لا يقع طلاقه.

ومعيار الإكراه في نظرهم يختلف باختلاف الأشخاص وأحوالهم، فقد يكون الشيء إكراهاً في حق شخص دون آخر، وفي حال دون حال<sup>(٣)</sup>.

ويعتبر ترك التورية مع العلم من مظاهر الاختيار فيقع طلاقه. جاء في الوجيز: (ولا يقع طلاق المكره إلا إذا ظهرت دلالة اختياره بأن إكراهه على طلقة واحدة، فطلق ثلاثاً أو ترك التورية مع العلم بها)<sup>(٤)</sup>.

لكن يؤخذ من بعض المراجع أن شرط التورية ليس متفقاً عليه، حيث جاء في الأنوار: (الشرط الثالث - أن يكون مختاراً لا يقع فلا يقع طلاق المكره بغير حق وإن قدر على التورية)<sup>(٥)</sup>.

### الحنابلة:

قالوا: لا يقع طلاق المكره إذا توافرت شروطه، لكن ينبغي أن ينوي بقلبه غير زوجته. ومقياس الإكراه عندهم أشد بالنسبة لبقية المذاهب، حيث أن السب والشتم واخذ المال

(١) شرح الخرخشي ٣٤/٤ وما بعدها.

(٢) الشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي ٤١٨/١.

(٣) المهذب لأبي إسحاق الشيرازي ١٥٠/٢.

(٤) الوجيز للفرزالي ٥٧/٢.

(٥) الأنوار لأعمال الأبرار، المرجع السابق، ١٧٦/٢.

اليسير لأبعد اكراهاً، مهما كانت منزلة الشخص المكره الاجتماعية والاقتصادية، بخلاف الضرب وهو من وسائل الاكراه وان كان يسيراً. جاء في الاقناع : (والضرب اليسير اكراه لذى المروءات فقط، والسب والشتم واخذ المال اليسير ليس اكراهاً)<sup>(١)</sup>.

وهم كالمالكية والشافعية يشترطون التورية . ففي الاقناع أيضاً: (وينبغي لمن أكرهه على الطلاق وطلق أن يتأوله فينوي بقلبه غير امرأته).

وفي المغني: (لا تختلف الرؤية عن احمد أن طلاق المكره لا يقع)<sup>(٢)</sup>. وهم يستندون الى اقوال الرسول ﷺ منها: ((ان الله وضع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)). و((لا طلاق في اغلاق)).

### الجعفرية:

اتفق فقهاء الجعفرية على عدم وقوع طلاق المكره اذا توافرت شروطه. جاء في شرائع الاسلام (الشرط الثالث - الاختيار فلا يصح طلاق المكره، ولا يتحقق الاكراه ما لم يكمل اموراً ثلاثة: كون المكره قادراً على فعل ما توعد به، وغلبة الظن بانه يفعل ذلك مع امتناع المكره، وان يكون ما توعد به مضراً بالمكره في خاصة نفسه أو من يجري مجرى نفسه كالأب والولد، سواء كان ذلك الضرر قتلاً أو جرحاً أو شتماً أو ضرباً. ويختلف بحسب اختلاف المكرهين في احتمال الاهانة)<sup>(٣)</sup>.

### الزيدية:

قالوا: لا يقع طلاق المكره لقول النبي محمد ﷺ: ((وما استكرهوا عليه)) ونحوه. إلا أنهم يشترطون أن لا ينوي الطلاق لانه بالنية يصبح مطلقاً. وهم كالحنفية قسموا الاكراه الى ملجن وغير ملجن. وقالوا: لا يقع طلاق المكره في الحالتين لقوله تعالى ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾ اي لا حكم لفعل المكره الا ما خصه دليل ولقول النبي ﷺ: ((لا طلاق في اغلاق))<sup>(٤)</sup>.

(١) الاقناع ٤/٣ وما بعدها. لكن يشترط صاحب المغني (١٢٠/٧): أن يكون الضرب شديداً والقيد والحبس طويلين.

(٢) المغني لابن قدامة ١١٨/٧.

(٣) شرائع الاسلام للمحقق الحلي، المرجع السابق ٥٣/٢.

(٤) التاج المذهب، المرجع السابق ١١٩/٢.

### الظاهرية:

جاء في المحلى: (وطلاق المكره غير لازم لقول النبي ﷺ: ((رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه))<sup>(١)</sup>. أي: رفع حكمه.

### الاباضية:

لم يختلف فقهاء الاباضية في القول بعدم وقوع طلاق المكره، جاء في جوهر النظام<sup>٢</sup>:  
ومثله المجبور متى طلقا                      فالخلف في طلاقه قد اطلقا  
والعفو واقع عن الجميع                      من الإله الواحد السميع

### حكم طلاق المكره في قوانين الاحوال الشخصية:

اتفقت قوانين الأحوال الشخصية للبلاد الاسلامية على عدم وقوع طلاق المكره. راجع القانون العراقي (م٣٥)، والسوري (م٨٩)، والاردني (م٨٨)، والمغربي (الفصل - ٤٩)، والتونسي (الفصل - ٣١)...

(١) المحلى لابن حزم الظاهري ٢٠٣/١٠

(٢) جوهر النظام في الفقه الاباضي المرجع السابق ٢٢٠/٢.



## المبحث الثاني

### طلاق السكران

السكران هو من يحدث خلل في توازن عقله بسبب ما يتعاطاه من المسكرات، بحيث لا يبقى واعيا لنتائج ما يصدر عنه من التصرفات القولية أو الفعلية. فالمفروض الا يكون السكران مكلفا في حال سكره، ومع ذلك فقد اختلفت آراء فقهاء المسلمين في حكم تصرفاته وبضمنها الطلاق. وهم بعد أن اتفقوا على عدم وقوع طلاق أوقعه في حال سكره اذا تناول المسكر بطريق مباح كالشرب اضطرارا، أو اكراها، أو جهلا، أو دواء.. فقد اختلفوا فيما عدا ذلك على التفصيل الآتي:

#### الحنفية:

لم يتفق فقهاء الحنفية على رأي واحد في حكم طلاق السكران بل قال زفر، والكرخي، والطحاوي، ومحمد بن سلمة: بعدم وقوعه أيا كانت المادة التي اتخذ منها المسكر، وإيا كان سبب تعاطيه للأدلة التالية:

- ١- السكران ليس له قصد صحيح، والايقاع يعتمد على القصد الصحيح.
  - ٢- قياسه على المجنون والصبي بجامع عدم القصد.
  - ٣- غفلته عن نفسه فوق غفلة النائم، لأن النائم ينتبه اذا نبه بخلاف السكران، فطلاق النائم لا يقع بالاتفاق فكذلك طلاق السكران.
  - ٤- زوال عقله بسبب المعصية لا أثر له والا لصحت رده.
- وقال جمهورهم بوقوع طلاق السكران للأسباب الآتية:

- ١- لما روى عن الرسول ﷺ من أنه قال : ((كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمعتوه)).
- ٢- ولأن عقله زال بسبب هو معصية، لذا يعتبر قائما في حال سكره عقوبة عليه وزجرا له عن ارتكاب المعصية.
- ٣- ولأن السكران يتعلق بأفعاله خطاب الله بدليل قوله تعالى ﴿لَا تَقْرُؤُوا الصَّلَاةَ وَانْتُمْ سُكَارَى﴾.

٤- ولأن قياسه على النائم قياس مع الفارق لأن النوم يمنعه من العمل، فلانعدام العمل يحكم بعدم وقوع طلاق النائم، ثم أن الغفلة بسبب النوم ليست معصية<sup>(١)</sup>.

### المالكية:

اختلف فقهاء المالكية أيضا في حكم طلاق السكران حسب التفصيل الوارد في شرح الخرشني الذي نصه: (وهل محل صحة طلاق السكران أن كان معه ميز، والا فلا يلزمه طلاق اتفاقا، وهذه طريق الباجي وابن رشد. وطريقة المازري: يقع عليه الطلاق ميزا لا، على المشهور. وطريقة ابن بشير: أن كان معه ميز فانه يلزمه طلاقه باتفاق وإن لم يكن معه ميز فانه يلزمه طلاقه على المشهور)<sup>(٢)</sup>.

ويرتفق مع الرأي المشهور ما جاء في الشرح الصغير<sup>(٣)</sup>.  
والحاصل يقول الخرشني: الطرق ثلاث طريقة اللخمي: أن الخلاف مطلق. وطريقة ابن رشد. أن الخلاف في الذي معه بقية من عقله. وطريقة ابن بشير: أن الخلاف في المغمور لا في الذي معه تمييز.

### الشافعية:

قال جمهور فقهاء الشافعية بوقوع طلاق السكران مطلقا سواء أكان له تمييز الصالح من الطالح أم لا، باستثناء المزني من الشافعية الذي قال بعدم وقوعه. كما نسب إلى الأمام الشافعي (رحمه الله) قولان: ففي قول القديم قال بعدم الوقوع. وعلل الغزالي (رحمه الله) الحكم بوقوعه بأن صحته من قبيل ربط الأحكام بالأسباب<sup>(٤)</sup>. وقال الشرييني<sup>(٥)</sup>: (يقع تغليظا عليه لعصيانه). والقول المنسوب إلى الشافعي حكاه الشيرازي في المهذب<sup>(٦)</sup> فقال: (وروى المزني أنه قال في القديم لا يصح ظهاره والطلاق والظهار واحد. فمن أصحابنا من قال: فيه قولان أحدهما لا يصح وهو اختيار المزني وأبى ثور، لانه زائل العقل فاشبه النائم

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي ١٧٦/٦. شرح فتح القدير ٤٩٠/٣ وما بعدها. بدائع الصنائع

للكاساني ١٧٩٠/٤. تحفة الفقهاء للسمرقندي ٢٩٣/٢. حاشية ابن عابدين ٢٩٣/٣.

(٢) شرح الخرشني على مختصر خليل، طبعة بولاق ١٣١٧ هـ، ٣٢/٣.

(٣) الشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي ٤١٨/١.

(٤) لوشاد الباري شرح صحيح البخاري للقسطلاني ١٤٦/٨.

(٥) مقني المحتاج ٢٧٩/٣.

(٦) ٧٧/٢.

أو مفقود الإرادة). وحكاها السرخسي في المبسوط<sup>(١)</sup>. فقال: (وخلع السكران وطلاقه واقع عندنا، وفي أحد قولي الشافعي لا يقع).  
وحكاها ابن رشد في بداية المجتهد<sup>(٢)</sup> فقال: (وعن الشافعي قولان في ذلك واختار أكثر أصحابه قوله الموافق للجمهور واختار المزني من أصحابه أن طلاقه لا يقع).  
وحكاها الطوسي في الخلاف<sup>(٣)</sup> فقال: (وللشافعي فيه قولان.. وقال الكاساني في بدائع الصنائع<sup>(٤)</sup>: (وفي أحد قولي الشافعي لا يقع).

### الحنابلة:

لم يتفق فقهاء الحنابلة أيضا على رأي واحد في حكم طلاق السكران، بل لهم روايتان: الأولى يقع وهو المذهب واختاره جماعة من أصحاب الإمام أحمد منهم: أبو بكر الحلال، والقاضي، والشريف أبو جعفر، وغيرهم...  
والرواية الثانية لا يقع واختاره أبو بكر عبد العزيز في الشافي وزاد المسافر، وابن عقيل، واختاره النازم، وابن تيمية، وابن قيم الجوزية، وغيرهم من أصحاب الإمام أحمد. وقال الزركشي: أن أدلة هذه الرواية - أي الثانية - أظهر. وقال الميموني: كنت أقول يقع حتى تبينته فغلب علي أنه لا يقع. وقال الطوفي في شرح الأصول: هذا - أي عدم الوقوع - أشبه. وقال ابن قيم: (عدم الوقوع هو المذهب في إحدى الروايات عنه وهي التي استقر عليها مذهبه وصرح برجوعه إليها).<sup>(٥)</sup>

### المجعفرية:

اتفق فقهاء المعجفرية على عدم وقوع طلاق السكران. قال الطوسي: (وطلاق السكران غير واقع عندنا لاجتماع الفرق، ولأن الأصل بقاء العقد ووقوع الطلاق يحتاج إلى دليل)<sup>(٦)</sup>. في

(١) ١٧٦/٦.

(٢) ٦٨/٢.

(٣) ٢٤٠/٢.

(٤) ١٧٢٩/٤.

(٥) لمزيد من التفصيل يراجع الانصاف في الفقه الحنبلي ٤٣٣/٨ وما بعدها. مجموع فتاوى ابن

تيمية ١٠٢/٣٣. زاد المعاد ٤٠/٤.

(٦) الخلاف في الفقه للطوسي ٢٤٠/٢.

شرائع الاسلام<sup>(١)</sup>. (الشرط الثاني العقل فلا يصح طلاق المجنون ولا السكران ولا من زال عقله باغماء أو شرب مرقد لعدم القصد. وفي ايضاح الفوائد<sup>(٢)</sup>) (فلا يصح طلاق المجنون المطبق ولا سكران).

### الظاهرية:

اتفق فقهاء الظاهرية على عدم وقوع طلاق السكران. ودافع ابن حزم الظاهري عن رأيهم هذا بأدلة كثيرة. وناقش أدلة من قال بوقوعه في كتاب المحلى<sup>(٣)</sup>.

### الزيدية:

هناك تناقض واضح في كلام الزيدية حيث قالوا: لا يقع طلاق من زال عقله بالخشيشة أو الأفيون أو غيرهما، ولكن يقع طلاقه اذا سكر بالخمر وان كان سكره بدرجة لا يميز بين السماء والأرض. ففي التاج المذهب<sup>(٤)</sup>: (لا يقع طلاق من زال عقله بالخشيشة أو الأفيون أو نحوهما سواء أكله لضرورة أم لا، فان طلاق هؤلاء لا يقع. والسكران بالخمر ولو أكره على شربه يقع طلاقه اذا طلق حال سكره، سواء بقي له تمييز أو زال عقله بالكلية، بحيث لا يميز بين السماء والأرض). لكن يبدو مما ورد فيه من أن (هذا قول الهادي والمؤيد والمنصور بالله) أن ما ذكر ليس رأي كل فقهاء الزيدية. ويؤيد ذلك قول صاحب البحر الزخار<sup>(٥)</sup>:

(ان صيرَه السكر لا يفرق بين السماء والأرض بل كالتائم أو المغمى عليه لم يصح طلاقه اتفاقا، وان صيره نشطا طريا لم يضع من عقله شيء صح اتفاقا وان كان بين هاتين الحالتين بحيث لم يضع أكثر عقله فهو محل الخلاف).

ويؤخذ من هذا الاستعراض لآراء الفقهاء أن أهم ما استندوا اليه من الأدلة على وقوع طلاق السكران ما يلي:

- ١- أن السكران مكلف يسأل عن تصرفاته القولية والفعلية فكما يؤخذ بمخالفته، يحكم بوقوع طلاقه.

(١) ٥٣/٢.

(٢) لابي طالب محمد بن يوسف ٢١٩/٣.

(٣) للاطلاع على تفصيل ذلك يراجع المحلى لابن حزم الظاهري ٢٠٨/ ١٠ - ٢١١.

(٤) ١١٩/٢.

(٥) ١٦٦/٣.

٢- أنه تسبب في زوال عقله اختيارا بارتكابه عملا غير مشروع، فطلاقه يعتبر عقوبة عليه.

٣- أن ترتب الطلاق على تطليق السكران من باب ربط الأحكام بأسبابها ولا يؤثر فيه السكر.

٤- قول الرسول ﷺ: ((كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمعتوه)). والسكران ليس صبيا ولا معتوها.

٥- حكم الصحابة بوقوع طلاق السكران.

### مناقشة هذه الأدلة:

١- القول بان السكران مكلف قول غير سديد للاجماع على أن العقل شرط التكليف، فكل من لم يعقل ما يقوله ليس مكلفا. وأمّا الخطاب في قوله تعالى ﴿لَا تَقْرُبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى﴾ فهو موجه الى الصاحي الذي يفهم مدلول الخطاب.

٢- حصرت الشريعة الاسلامية عقوبة الشرب في ثمانين جلدة لا غيرها، فلا يجوز أن يعاقب الشخص بعقوبتين على جريمة واحدة.

٣- طلاق السكران ليس سببا حتى يربط به الخمر لعدم وجود القصد والعقل، لان السبب الوضعي هو طلاق عاقل توجه اليه خطاب الكتاب والسنة. ولو صح ما قالوا، لوقع طلاق الصبي والنائم والجاهل والمجنون ايضا عند مباشرتهم لنفس السبب.

٤- حديث ((كل طلاق...)) يحمل على المكلف، والسكران ليس مكلفا، ثم أن السكران الذي لا يعقل أمّا معتوه أو ملحق به.

وبالاضافة الى ذلك قال ابن حزم<sup>(١)</sup> أن هذا الخبر كاذب.

٥- الصحابة لم يتفقوا على وقوع طلاق السكران لان منهم عثمان بن عفان ؓ وابن عباس ؓ وغيرهما ممن قالوا بعدم وقوع طلاق السكران.

(١) ينظر المحلي ٢١٠/١٠.

## الترجيح:

والذي يبدو لي هو أنه لا يصح اطلاق القول بوقوع طلاق السكران أو عدم وقوعه، بل يجب أن يقرر حكمه في ضوء هذا التفصيل:

فاذا ثبت لدى القاضي أو المفتي من ظروف القضية أو من اقوال الزوجة أو شهود الحادث: أن الزوج لم يكن فاقدًا لسيطرته على قواه العقلية، فعندئذ يلزم الحكم أو الفتوى بوقوع طلاقه، لانه في هذه الحالة أمّا أن يكون صاحيا حقيقة أو يغلب عليه أن يكون صاحيا.

اذ لا يمكن القول بان كل من يتعاطى المسكر يسكر ويفقد عقله وتمييزه، وبصورة خاصة بالنسبة للأشخاص الذين يكتسبون المنة ضد تأثير المشروبات المسكرة.

أمّا اذا تبين من ظروف القضية وملابساتها وإفادة الشهود، أن الزوج عندما أقدم على الطلاق كان في حالة لم يستطع أن يُقدّر نتائج تصرفه، ولم يكن قادراً على تنظيم فكره وتوجيه قصده نحو ما يقدم عليه، فمن الاصول الحكم بعدم وقوع طلاقه للأسباب الآتية:

١- أن الشارع لم يربط اثرا شرعيا على أقواله بدليل الآية ﴿لَا تَقْرُبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾<sup>(١)</sup> فهي تدل على أن السكران لا يعلم ما يقول، ومن لا يدري ما يقول لا يصح الزامه بشيء من الأحكام.

٢- أن الشارع حدد عقوبة السكران بثمانين جلدة، وإن الجريمة الواحدة لا يحوز أن تكون لها عقوبتان، وإن قلنا بالعقوبة التبعية فيجب ألا تصيب غير المجاني، وهنا تتعدى إلى الأبرياء من الزوجة والأطفال، ثم ما هو ذنب الزوجة في هدم كيان زوجي هي عنصر رئيس من عناصره، والضعية الأولى لانتهائه ونتائجه السلبية؟.

٣- أن ربط الأحكام بأسبابها أصل من الاصول المانوسة في الشريعة الإسلامية، والتطبيق سبب للطلاق، ولكن هل السبب هو مجرد إيقاع لفظه مطلقاً؟ فإن قلنا نعم، لزم القول بوقوع طلاق المجنون، والنائم، والسكران الذي لم يعصى بسكره. وإلا فإن كان إيقاع اللفظ من العاقل الذي يفهم ما يقول، فإن السكران الذي فقد شعوره وتمييزه غير

(١) يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرُبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّى تَغْتَسِلُوا وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوْهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَفُوًّا غَفُورًا (النساء: ٤٣).

عاقِل، فلا يكون إيقاع لفظ الطلاق منه سبباً، اذن الحكم الوضعي هنا هو طلاق العاقل لا مطلق الطلاق، فالسكران الذي يدرك ما يقول هو الذي يقع طلاقه.

٤- قال عثمان بن عفان رضي الله عنه: (ليس لمجنون ولا سكران طلاق). وقال ابن عباس: طلاق السكران والمستكره ليس بجائز، ولم يعرف احد من الصحابة خالف عثمان بن عفان وابن عباس في هذا، ولذلك رجع الأمام احمد الى القول بعدم وقوعه. وذهب الى ذلك كثير من التابعين <sup>(١)</sup>.

وهو اختيار جعفر الطحاوي، وابن الحسن الكرخي، وزفر من مشايخ الحنيفة، وبه قال المزني وابن شريح من فقهاء الشافعية، واقره فقهاء الجعفرية والظاهرية. وأحد قولي الشافعي (رحمه الله).

### حكم طلاق السكران في القانون:

أخذت قوانين الاحوال الشخصية في البلاد الاسلامية برأي من قال بعدم وقوع طلاق السكران. راجع من هذه القوانين القانون العراقي (م٣٥)، والسوري (م٨٩)، والأردني (م٨٨)، والتونسي (الفصل ٣١) والمغربي (الفصل ٣٩).

(١) ينظر عمدة القاري شرح صحيح البخاري ٢٠/٢٥٢.

## المبحث الثالث

### طلاق الغضبان

**الغضب:** صفة نفسية قائمة بنفس الانسان تترتب عليه آثار قد تكون مشروعة وقد تكون غير مشروعة. فهذه الصفة في حد ذاتها لا تعتبر محرمة، لانها غير اختيارية من جهة، ومن جهة أخرى قد تبعث الغضبان الى الاقدام على عمل ممدوح كالدفاع عن النفس أو العرض أو الكرامة أو المال... لكنه قد تدفعه الى تصرفات مذمومة منها اقدامه على الطلاق دون مبرر.

وقد اختلف الفقهاء في حكم طلاق الغضبان، ومنشأ خلافهم امران رئيسان: أحدهما: الاختلاف في تفسير قول الرسول ﷺ (( لا طلاق في اغلاق )) فمنهم من فسره بالغضب، ومنهم من قال: الاغلاق الاكراه، ومنهم من ذهب الى غير ذلك<sup>(١)</sup>.  
وثانيهما: الاختلاف في اعتبار القصد في الطلاق: فمن ذهب الى اعتباره من عناصر الطلاق قال بعدم وقوع طلاق الغضبان. وقد اختار هذا الاتجاه فقهاء الجعفرية، والظاهرية، وبعض من الحنفية والمالكية والحنابلة. أما من قال بأنه يكفي لوقوع الطلاق استعمال صيغته الصريحة وان لم يقترن الاستعمال بالنية والقصد كالشافعية وجمهور المالكية فإنه يرى وقوع طلاق الغضبان كما يتضح ذلك من التفصيل الآتي:

#### الحنفية:

والتحقيق عندهم هو أن الغضبان اذا اخرجه غضبه من طبيعته الاعتيادية بحيث يغلب الهذيان على أقواله وأفعاله فلا يقع طلاقه<sup>(٢)</sup>.

(١) لمزيد من التفصيل يراجع: عمدة القاري شرح صحيح البخاري ٢٠/٢٥٠ - ٢٥١ عون المعبود على سنن أبي داود ٢٢٤/٢ - ٢٢٥.

(٢) يقول ابن عابدين (٢٤٤/٣): (والذي يظهر لي أن كلا من المدهوش والغضبان لا يلزم فيه أن يكون بحيث لا يعلم ما يقول بل يكتفي فيه بغلبة الهذيان، واختلاط الجد بالهزل كما هو المفتى به في السكران) ويقول ايضا: (والذي ينبغي التعميل عليه في المدهوش ونحوه أناطة الحكم بغلبة الخلل في أقواله وأفعاله الخارجة عن عادته. وكذلك يقال فيمن اختل عقله لكبر أو مرض أو لمصيبة فاجأته: فما دام في حالة الخلل في الأقوال والأفعال لا تعتبر أقواله، وإن كان



### المالكية:

يبدو من كلام اكثر فقهاء المالكية أنهم لا يرون تأثير الغضب على صحة طلاق الغضبان ما لم يصل الى درجة الشدة، وحتى في هذه الحالة فان عدم الوقوع ليس حكماً متفقاً عليه لديهم<sup>(١)</sup>. ولكن من قال منهم باشتراط القصد والنية مع صيغة الطلاق وان كانت صريحة يلزمه القول بعدم وقوع طلاق الغضبان حيث لا نية ولا قصد له كما في حالة اختلال توازنه وفقد السيطرة على ارادته الى درجة لا يقصد بما يقوله آثاره المترتبة عليه. وقد نسب هذا القول الى الأمام مالك (رحمه الله).

### الشافعية:

يرى فقهاء الشافعية وقوع طلاق الغضبان ايا كانت درجة الغضب استنادا الى قاعدة سد الذرائع التي هي اصل من اصول الفقه الاسلامي من ناحية، ومن ناحية اخرى اتفقهم على عدم اشتراط النية مع الصيغة الصريحة للطلاق.

والغريب من صاحب التحفة أنه يرى انعقاد الاجماع السكوتي في عصر الصحابة على وقوع طلاق الغضبان. وهو يستند في ذلك الى ما قال البهقي من أنه (افتي بوقوع طلاق الغضبان جمع من الصحابة ولا مخالفة لهم)<sup>(٢)</sup>. في حين أن الأمام الشافعي (رحمه الله) يعتبر من فسروا الاغلاق في قول الرسول ﷺ (( لا طلاق في اغلاق )) بالغضب، وسبقه في ذلك كثير من فقهاء الصحابة وائمة المذاهب. يقول ابن قيم تحت عنوان (طلاق الغضبان): وهذا قول علي وابن عباس وغيرهما من الصحابة، وقد فسره الشافعي بالغضب، فهذا مسروق والشافعي واحمد وابو داود والقاضي اسماعيل كلهم فسروا الاغلاق بالغضب، وهو احسن التفسير لان الغضبان قد اغلق عليه باب القصد بشدة غضبه وهو كالمكره بل أولى، لان المكره قصد رفع الشر الكثير بالشر القليل الذي هو دونه)<sup>(٣)</sup>.

يعلمها ويريدها لان هذه المعرفة والارادة غير معتبرة لعدم حصولهما على ادراك صحيح، كما لا تعتبر من الصبي العاقل).

(١) يقول الدسوقي (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٢٦٦): (يلزم طلاق الغضبان ولو اشتد غضبه خلافا لبعضهم).

(٢) يراجع تحفة المحتاج ٨/٣٢.

(٣) لمزيد من التفصيل يراجع اعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٢/٥٢-٥٣.

### الحنابلة:

الراجح لدى فقهاء الحنابلة هو عدم وقوع طلاق الغضبان. يقول ابن قيم: (وأما طلاق الاغلاق فقد قال الأمام أحمد في رأوية حنبل: (وحدث عائشة (رضي الله عنها) يقول لا طلاق ولا عتاق في اغلاق) يعني الغضب. هذا نص أحمد، حكاه الحلال وأبو بكر في الشافي وزاد المسافر، فهذا تفسير أحمد<sup>(١)</sup>.

### الجعفرية:

من الطبيعي أن يقول فقهاء الأمامية بعدم وقوع طلاق الغضبان ما داموا يعتبرون قصد ايقاع الطلاق من عناصر وقوعه، فلا طلاق ما لم يكن هناك قصد ونية. ففي مستدرک الوسائل: (يشترط في صحة الطلاق القصد وإرادة الطلاق والا بطل). وهم يستندون - بالإضافة الى ذلك - الى نصوص مستفيضة<sup>(٢)</sup> منها: (لا يقع الطلاق باكره ولا اجبار ولا على سكر ولا على غضب)<sup>(٣)</sup>.

### الزيدية:

لم اجد مصدرا يتطرق صراحة لطلاق الغضبان سوى ما ورد في هامش البحر الزخار<sup>٤</sup> من أن قول الرسول ﷺ (( لا طلاق ولا عتاق في اغلاق )) أخرجه ابوداود وقال الاغلاق: الغضب.

### الظاهرية:

لا يقع طلاق الغضبان عند فقهاء الظاهرية بناء على اصلهم القائل (لا عمل الا بنية ولا نية الا بعمل)<sup>٥</sup>. ومن المعروف أن الظاهرية يشترطون لوقوع الطلاق اقتتان صيغته الصريحة بالنية والقصد المنصرف الى حل العصمة. اذا الغضبان اذا صرفه غضبه عن هذه النية المقتونة لا يحكم بوقوع طلاقه.

(١) زاد المعاد ٤/٤٢.

(٢) النصوص المستفيضة عندهم تعني الاحاديث المشهورة. ومن الجدير بالذكر أن الحديث عند الأمامية يشتمل احاديث الرسول ﷺ والائمة المعصومين من آل البيت.

(٣) مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل، المرجع السابق الباب (١١) ٤/٣. وفي المختصر النافع (ص ٢٢١) : (لا يقع طلاق المجنون أو المكره ولا المغضب مع ارتفاع القصد).

(٤) ١٦٧/٣.

(٥) أنظر المحلى لابن حزم ٢٠٠/١٠ ، ١٨٥ / وما بعدها.

## الترجيح:

والذي اميل اليه هو الاخذ بالتفصيل الذي قال به الفقيه العظيم ابن قسيم الجوزية (رحمه الله) في رسالة طلاق الغضبان حيث قسم الغضب الى ثلاث درجات:

**الأولى:** هي أن يحصل للانسان مبادئ الغضب بحيث لا يؤثر على عقله، ويعلم ما يقوله ويقصده، ففي هذه الحالة من الغضب تنفذ عبارته ويقع طلاقه بالاجماع.

**الثانية:** وهي أن تصل درجة الغضب الى قمته بحيث لا يدري ما يقوله ولا يريد ما يعمل. ففي هذه الصورة من الغضب لا ينفذ شيء من تصرفاته القولية بضمنها الطلاق.

**الثالثة:** هي الدرجة الوسطية بحيث يتجاوز غضبه المرحلة الأولى ولكنه لا يصل الى قمته. فهذه الحالة هي التي تشعبت فيها آراء الفقهاء، وعلى الرغم من هذا فان اكثرهم من أنصار عدم وقوع طلاق الغضبان في هذه الدرجة.

وأهم ما استندوا اليه هو قول الرسول ﷺ: (( لا طلاق في اغلاق )) لان الاغلاق سواء فسر بالاكره ام بالغضب، أم بمعنى آخر فانه في الحقيقة عبارة عما يسد على الشخص باب الادراك والروية والقصد، بحيث لا يدري ما يقول أو يفعل سواء كان السبب هو الغضب، أم الاكره، أم غيرهما<sup>(١)</sup>. غير أن السؤال الذي يطرح نفسه على بساط البحث هو أن القاضي أو المفتي كيف يحدد هذه الدرجات للغضب؟ وما هو المعيار لضبط كل درجة؟.

من البدهي: أن مهمة القاضي بالدرجة الأولى هي تكييف القضية المعروضة عليه واستنتاج درجة الغضب من ظروف الواقعة مستعيناً ببواعثها وشواهدا... فاذا وصل الى نتيجة تزيد أن الزوج الغضبان كان وقت الطلاق في حالة اختلط جده بهزله، فله الحق أن يقضي بعدم الوقوع اخذاً بما ذهب اليه المحققون من الحنفية، وجميع فقهاء الجعفرية، والظاهرية، وبعض الحنابلة. وان لم يصل الى هذه القناعة فعليه الحكم بالوقوع نظراً الى قيام الخصومة وتعلق حق الغير بالموضوع.

أمّا المفتي فان بإمكانه أن يعتمد على إفادة الزوج والزوجة، فإذا اقتنع بأن الزوج لم يكن حال الطلاق متمتعاً بالادراك التام، له أن يفتي بعدم الوقوع ديانة وان يحيل الزوج الى ديانته، ويترك الأمر بينه وبين الله. ومن الجدير بالذكر أن المدهوش له حكم الغضبان فيما

(١) للاطلاع الكامل على معنى الاغلاق في حديث (لا طلاق في اغلاق) راجع عون المعبود على سنن أبي داود ٢/ ٢٢٤ - ٢٢٥.

ذكرنا من التفصيل. والمدعوش: هو الذي لا يدرك ما يقول ولا يقصد ما يترتب على تصرفه، بسبب صدمة عصبية أصابته فذهلته وأفقدته توازنه الفكري، بحيث يغلب على أقواله وأفعاله الخلل والاضطراب.

## القانون وطلاق الغضبان:

أخذ قانون الأحوال الشخصية في البلاد العربية والإسلامية بالرأي القائل بعدم وقوع طلاق الغضبان:

العراقي: (لا يقع طلاق من كان فاقداً التمييز من غضب أو مصيبة مفاجئة أو كبر أو مرض) (م ٣٥ / ١).

السوري: (لا يقع طلاق المدعوش وهو الذي يفقد تمييزه من غضب أو غيره فلا يدري ما يقول) (م ٨٩).

المغربي: (لا يقع طلاق الغضبان إذا كان مطبقاً أو اشتد غضبه).

التونسي: (لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة) إذن من الطبيعي أن لا يعترف القانون التونسي بطلاق الغضبان ما دام الأمر منوطاً بالمحكمة.

## المبحث الرابع

### طلاق الهازل

الهزل لغة: ضد الجد.

واصطلاحاً: هو الكلام الذي لم يُقصد به معناه الحقيقي أو المجازي<sup>(١)</sup>.  
والمقصود منه هنا هو استعمال صيغة الطلاق هازلاً من غير قصد فك العصمة<sup>(٢)</sup>.  
واختلف الفقهاء في حكم طلاق الهازل، وسببه اختلافهم في اعتبار عنصر النية والقصد مع الصيغة من جهة، وفي حديث ((ثلاث جدهن جد...)) من جهة أخرى وسنوضح ذلك في الفرعين التاليين:

### الفرع الأول

#### القول بوقوع طلاق الهازل

وقوع طلاق الهازل هو مذهب الحنفية، والمالكية - باستثناء رواية عن مالك والشافعية، والحنابلة، وجمهور الزيدية، والاباضية، على التفصيل الآتي:

#### الحنفية:

قالوا: يقع طلاق الهازل قضاءً وديانةً لأن الشارع جعل هزله جداً ولأنه مكابر باللفظ فيستحق التغليظ.

يقول الكاساني<sup>(٣)</sup>: (وكونه جاداً ليس شرطاً عندنا فيقع طلاق الهازل واللاعب لقول النبي محمد ﷺ: ((ثلاث جدهن جد وهزلهن جد. النكاح والطلاق والعق))<sup>(١)</sup>.

(١) في حاشية عين المعبود (٢/٢٢٥): (الهزل أن يراد بالشيء غير ما وضع له بغير مناسبة بينهما والجد يراد به ما وضع له، وما صلح له اللفظ مجازاً)

(٢) شرح الخرشي ٣٢/٤.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ١٧٩٢/٤.

ويقول السمر قندي: (وعلى هذا طلاق الهازل وطلاق الخاطيء واقع)<sup>(٢)</sup>. ويقول ابن الهمام: (الهازل مختار في التكلم بالطلاق غير راض بحكمه فيقع طلاقه)<sup>(٣)</sup>.

### المالكية:

في قولهم بوقوع طلاق الهازل استدلوا بالحديث المذكور. يقول الدردير: ولزم الطلاق أن هزل بايقاعه اتفاقا لخبر الترمذي: ((ثلاث هزلن جد النكاح والطلاق والرجعة))<sup>(٤)</sup>. وفي رواية غير مشهورة للأمام مالك أن طلاق الهازل لا يقع، ولعل هذا مبني على ما روى عنه من أن صريح الطلاق لا يقع به الطلاق ما لم يقتن بالنية. ومن البدهي: أن الهازل لا نية له<sup>(٥)</sup>.

### الشافعية:

يرى فقهاء الشافعية أن عبارة الهازل معتبرة في جميع التصرفات من العقود والاسقاطات، لانهم يرتبون الحكم على الارادة الظاهرة وان اختلفت مع الارادة الباطنة. ففي الانوار: (ولو هزل بالطلاق أو العتق نفذ ظاهرا وباطنا ولا تدين، وان ظن أنه لا يقع، وكذا البيع وسائر التصرفات)<sup>(٦)</sup>.

### الزيدية:

قال جمهورهم بوقوع طلاق الهازل للحديث المذكور، ولان الهازل يستهزيء. باحكام الله<sup>(٧)</sup>.

(١) عن ابي هريرة رضي الله عنه (ثلاث جدهن جد وهزلن جد النكاح والطلاق والرجعة) رواه الاربعة الا النسائي وصححه الحاكم وفي رواية لابن عدي في وجه اخر ضعيف (الطلاق والعتاق والنكاح) سبل السلام ٢٣١/٣.

(٢) تحفة الفقهاء للسمر قندي ٢٩٤/٢.

(٣) شرح فتح القدير ٣٩/٣.

(٤) شرح الخرشي ٣٢/٤.

(٥) يقول الاستاذ سلام مذكور (الاسرة في الاسلام ٦٦/٢): (يرى بعض المالكية أن عبارة الهازل ملفاة لا اعتبار لها ولا يترتب عليها اي اثر بالنسبة لجميع العقود والتصرفات بما في ذلك الطلاق لانعدام القصد والنية لانها شرط عند هؤلاء اذ يقول الله (وَأَنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ).

(٦) الانوار للاردبيلي ١٦٩/٢. مغني المحتاج ٢٨٨/٣.

(٧) البحر الزخار ١٦٧/٣ وفيه (يصح طلاق الهازل للخبر).

ولكن ذهب بعضهم الى عدم وقوعه لتخلف عنصر العزم<sup>(١)</sup>.

حيث علل صاحب روض النضير الحكم بالوقوع بان الهازل يستهزيء باحكام الله وقد قال تعالى: ((وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا))<sup>(٢)</sup>. وبانه يؤخذ من حديث: ((ثلاث جدهن جد وهزلهن جد)) أن الصريح لا يحتاج الى النية<sup>(٣)</sup>.

ومن قال منهم بوقوع طلاق الهازل قال أن عموم ((انما الاعمال بالنيات)) يخصه حديث ((ثلاث جدهن جد وهزلهن جد))<sup>(٤)</sup>.

وبالاضافة الى ذلك قالوا: أن الصريح لا يحتاج الى النية<sup>(٥)</sup>.

### الأباضية:

يرى فقهاء الاباضية التسوية بين الهزل والجد في الطلاق ما دام الهازل ناطقا بالصيغة الصريحة، ففي جوهر النظام<sup>(٦)</sup>.

والجد والهزل سواء ههنا وكان بالصريح نطقا اعلنا

ويؤخذ من هذا الاستعراض لاقوال الفقهاء القائلين بوقوع طلاق الهازل أن اهم ما استندوا اليه هو ما يلي:

(١) سبل السلام ٢٣١/٣ وفيه: (وذهب احمد والناصر والصادق والباقر الى أنه لا بد من النية لعموم حديث (الاعمال بالنيات).

(٢) ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا وَادْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ (البقرة: ٢٣١).

(٣) روض النضير ١٣٩/٤.

(٤) سبل السلام ٢٣١/٣.

(٥) التاج المذهب (١١٩/٢) وفيه: (ويقع الطلاق بقصد اللفظ مع علمه بان هذا اللفظ موضوع للطلاق وان لم يقصد معناه، ويدخل في ذلك الهازل والممازح فيقع طلاق كل منهما اذا هزلا أو مازحا بالصريح). وفيه ايضا (١٢١/٢): (وانما قلنا بوقوع طلاق الهازل لان الصريح عندنا لا يفتقر الى قصد معناه). ويقول الشوكاني (الدراري البهية ٦٩/٢): (والطلاق جائز عن كل مكلف مختار ولو هازلا للحديث ثلاث جدهن جد...).

(٦) ٢١٩/٢.

١- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا﴾ والهازل يقع طلاقه عقاباً وتغليظاً عليه لانه يستخف بآيات الله واحكامه<sup>(١)</sup>.

٢- قول النبي ﷺ: ((ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة))<sup>(٢)</sup>.

٣- مباشرة الأسباب من كسب الانسان المختار، وترتب الآثار عليها بحكم من الشارع، والهازل باشر السبب (استعمال الصيغة) فيكفي ذلك لترتب الاثر (وقوع الطلاق) وان لم يقصده.

٤- صريح الطلاق لا يحتاج الى النية.

### مناقشة هذه الأدلة:

١- الآية لا يفهم منها سوى النهي عن الهزل في الاحكام الالهية وهي ليست نصاً في أن الهازل اذا باشر السبب يترتب عليه الاثر.

٢- الحديث طعن فيه المحدثون، وقد قال الترمذي في اسناده عبد الرحمن بن ازيد بن حبيب وهو مختلف فيه ومنكر الحديث<sup>(٣)</sup>.

٣- مباشرة السبب يترتب عليه الأثر اذا اراد المباشر ذلك، والا للزم القول بوقوع طلاق الصبي والمجنون اذا باشر صيغة الطلاق.

٤- القول بان الصريح لا يحتاج الى النية مختلف فيه فلا يصح حجة.

(١) عون المعبود على سنن ابي داود ٢/٢٢٥.

(٢) عمدة القاري شرح صحيح البخاري ٢/٢٥١.

(٣) عمدة القاري المرجع السابق. المحلى (٢٤٠/١٠) وفيه الحديث موضوع. الدراري البهية (٦٩/٢)

وفيه ( في اسناده عبد الرحمن وهو مختلف فيه).



## الفرع الثاني

### القول بعدم وقوع طلاق الهازل

عدم وقوع طلاق الهازل مذهب الجعفرية، والظاهرية، ورواية للأمام مالك، وقول لبعض فقهاء الزيدية على التفصيل الآتي:

#### الجعفرية:

قالوا بعدم وقوع طلاق الهازل لعدم صحة حديث (ثلاث جدهن جد...) <sup>(١)</sup> ولأن النية شرط صحة الطلاق عندهم <sup>(٢)</sup>.

#### الزيدية:

ذهب بعض فقهاءهم ومنهم الباقر والصادق والناصر - إلى عدم وقوع طلاق الهازل لأنه لا عزم له والله يقول: ﴿وَأَنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾ <sup>(٣)</sup>.

#### الظاهرية:

قالوا يجب القصد والنية في الطلاق والهازل لا نية له. ولا يصح الاستدلال بحديث ((ثلاث جدهن جد...)) لأنه موضوع <sup>(٤)</sup>.

#### المالكية:

يقول الخرشي: (إن لمالك روايتين ففي روايته المشهورة يقع) <sup>(٥)</sup>.  
أي أن طلاق الهازل لا يقع عند الإمام مالك في روايته غير المشهورة.  
ويتبين مما ذكرنا أن أهم ما تمسك به القائلون بعدم وقوع طلاق الهازل هو ما يلي:

(١) وفي جواهر الكلام (كتاب الطلاق): (ولم يثبت الخبر عندنا بل من المقطوع به خلافه).

(٢) في شرائع الإسلام (٥٣/٢)، وفي مستدرک الوسائل باب (١١) ٤/٣: (يشترط في صحة الطلاق القصد وإرادة الطلاق والا بطل).

(٣) سبل السلام ٢٣١/٣. المنتزح المختار ٣٨٣/٢ الروض النضير.

(٤) المحلى (٢٠٤/١٠) وفيه (واحتجوا أيضا بأثار منها (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة) وهي اخبار موضوعة.

(٥) شرح الخرشي ٣٢/٤.

- ١- قوله تعالى ﴿وَأَنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾، والهازل لا عزم له.
- ٢- قول الرسول ﷺ ((أَمَّا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ)) والهازل لا نية له.
- ٣- المفروض أن اللفظ يعبر عن الإرادة الباطنة وعن قصد المتكلم، فطلاق الهازل لا يعبر عن قصده حل العصمة.

### مناقشة هذه الأدلة:

- ١- الآية تخص حكم طلاق المولي فلا يستدل بها على عدم وقوع طلاق الهازل.
- ٢- الحديث عام يخصه حديث (ثلاث جدهن جد...)، لأن هذا الحديث وإن ناقشناه في الفرع السابق وأوردنا أوجه الضعف فيه، إلا أنه روى بأسانيد مختلفة وبروايات متعددة<sup>(١)</sup> فأصبح مشهوراً وتلقته الأمة بالقبول.
- ثم أن من قال بوقوع طلاق الهازل استند إلى اعتبار الوقوع زجراً أو عقوبة، استثناء من قاعدة ((أَمَّا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ)) لقوله تعالى ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا﴾، وعلى هذا الأساس يصرف النظر عن نيته وقصده.
- ٣- على القاضي أن يحكم بالظاهر وليس ملزماً بالدخول في أعماق القلوب حتى يتبين له مطابقة الإرادة الظاهرة للباطنة أو عدمها.

### الترجيح:

- الرأي القمين بالأخذ به هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن الهازل إذا أتى بالصيغة الصريحة يقع طلاقه للأوجه الآتية:
- ١- الهازل باشر السبب وهو بالغ عاقل مختار وهزله ليس من الأعذار التي تُعطل الأسباب فتختلف بها الأحكام، وليس من الموانع التي توجب تطبيق قاعدة (إذا اجتمع المانع والمقتضي يقدم المانع).

(١) منها رواية فضالة بن عبيد عن الطبراني مرفوعاً (ثلاث لا يجوز فيهن اللعب الطلاق والنكاح والعقاق). ينظر الدراري البهية للشوكاني ٧٠/٦.

٢- لا يجوز قياس الهزل على الكره والسكر ونحوهما، لان الهازل يقصد اللفظ والمعنى قصدا هزليا، وهو بالغ عاقل مختار ولا يصرفه عن معناه اكراه ولا خطأ ولا نسيان ولا جهل...

٣- في القول بوقوع طلاق الهازل سد الباب بوجه ذوي النفوس المريضة ممن يتلاعبون باحكام الله، وفيه ضمان احترام رابطة الزوجية.

٤- اللعب والهزل والمزاح في حقوق الله غير جائز، فيكون جد القول وهزله سواء، لذا اعتبر الشارع الناطق بالكفر هزلا كافرا، كما يقول سبحانه وتعالى: ﴿وَلَكِنْ سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ قُلْ أَبِاللَّهِ وَآيَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنْتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ، لَا تَعْتَذِرُوا قَدْ كَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ﴾<sup>(١)</sup>.

ويقاس على ذلك نطقه بالطلاق هزلا لان فيه حقا لله حيث يوجب تحريم تمتع كل من الزوجين بالآخر على وجه لا يمكن استباحته. ولكن ارى أن يكون هذا الحكم بالنسبة الى القضاء فقط، اي يحكم بوقوع طلاقه قضاء. أما ديانه فيترك امره بينه وبين الله. وفي ذلك تقريب بين وجهة نظر فقهاء المسلمين<sup>(٢)</sup>.

(١) (وَلَكِنْ سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ قُلْ أَبِاللَّهِ وَآيَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنْتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ\* لَا تَعْتَذِرُوا قَدْ كَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ أَنْ نَعْفَ عَنْ طَائِفَةٍ مِنْكُمْ نُعَذِّبَ طَائِفَةً بِأَنَّهُمْ كَانُوا مُجْرِمِينَ) (التوبة: ٦٥، ٦٦).

(٢) بان يحمل قول الجمهور على الوقوع قضاء، وقول غيرهم على عدم الوقوع ديانة.

## المبحث الخامس

### طلاق المخطئ والساهي

المخطئ هو الذي يريد بكلامه غير الطلاق، لكن يسبق اليه لسانه، فبدلاً من أن يقول - مثلاً - (انت لطيفة) يجري على لسانه (انت مطلقة). والفرق بين الهازل والمخطئ أن الأول يقصد اللفظ (صيغة الطلاق) دون أثره وأما الثاني فهو لا يقصد اللفظ ولا أثره. اختلف فقهاء الشريعة في حكم طلاق المخطئ. على ثلاثة أقوال: (يقع قضاء لا ديانته. لا يقع قضاء ولا ديانته. يقع قضاء وديانته). ومنشأ خلافهم اختلافهم في ترجيح إحدى الإرادتين (الظاهرة والباطنة) على الأخرى. ولكن على الرغم من هذا الخلاف فإن الرأي السائد لدى الفقهاء هو الأخذ بالإرادة الظاهرة قضاءً، وبالإرادة الباطنة ديانةً، ولزيادة الإيضاح نستعرض هذه الآراء في فروع ثلاثة.

### الفرع الأول

#### طلاق المخطئ يقع قضاء لا ديانة

استقر على هذا الحكم رأي جمهور فقهاء المسلمين لأنه يوفق بين الحق الخاص (حق العبد)، والحق العام (حق الله) في هذه القضية، ومن أخذ بهذا الاتجاه: فقهاء الحنفية، والمالكية، والشافعية، والزيدية، ورواية من الحنابلة، كما في التفصيل الآتي:

#### الحنفية:

علل فقهاء الحنفية قولهم بوقوع الطلاق قضاء بأدلة أهمها:

- ١- أن القصد ليس شرطاً في صحة الطلاق ما دام المطلق يستعمل صيغته الصريحة.
- ٢- أن الخطأ أمر باطن لا يعرف إلا من قبل صاحبه، وهو قد يدعي كذباً أنه طلق خطأ وفي ذلك إحلال لما حرمه الله.

٣- الأصل في الانسان البالغ العاقل المختار هو عدم الخطأ، ويكفي ذلك ليكون حجة على صحة الفاظه.

يقول الكاساني: (وكونه عامداً ليس شرطاً لوقوع الطلاق حتى يقع طلاق الخطأ، لان الفأنت بالخطأ ليس الا لقصد، وانه ليس بشرط لوقوع الطلاق كالهازل واللاعب بالطلاق)<sup>(١)</sup>.

ويقول الملا خسرو: (ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ ولو كان ساهياً)<sup>(٢)</sup>.

ويقول ابن عابدين: (لو اراد أن يقول سبحان الله فجرى على لسانه أنت طالق تطلق، لانه صريح لا يحتاج الى النية لكن في القضاء)<sup>(٣)</sup>.

اي يقع في القضاء فقط لا في الفتوى، فيجوز للمفتي أن يفتي بعدم الوقوع بناء على ما ادعاه واحالته الى ديانتته.

### المالكية:

يقع عندهم قضاء لا ديانته ما لم يثبت سبق لسانه أو عدم قصده، فاذا ثبت ذلك يجوز للقاضي أن يحكم بعدم الوقوع كما للمفتي أن يفتي بذلك.

يقول الدردير: (ان قصد التكلم بغير لفظ الطلاق فزل لسانه وان لم يثبت، قبل في الفتوى دون القضاء)<sup>(٤)</sup>.

ويقول الخرشي: (من اراد أن يتكلم بغير الطلاق فالتوى لسانه فتكلم بالطلاق فلا شيء عليه في الفتوى، ويلزمه في القضاء)<sup>(٥)</sup>.

وبالمقارنة بين مفهوم مخالفة كلام الدردير (وان لم يثبت)، وبين منطوق كلام الخرشي: (وان ثبت سبق لسانه)، يتبين لنا أن رأي فقهاء المالكية قد استقر على أن المخطيء اذا استطاع أن يثبت أمام القضاء سبق لسانه وخطأه، فعلى القاضي أن يحكم بعدم الوقوع.

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٧٩٣/٤.

(٢) درر الحكام شرح غرر الأحكام ٣٦٠/١.

(٣) حاشية ابن عابدين ٥٨٤/٢.

(٤) الشرح الكبير للدردير ٣٦٦/٢. الشرح الصغير ٤١٨/١.

(٥) شرح الخرشي لابي عبدالله محمد الخرشي على مختصر خليل لابي ضياء سيدي خليل ٣٣/٤.

### الشافعية:

قالوا: إذا لم تدل قرينة على صدقه وقع قضاء، لأن المفروض في العاقل أنه لا يتكلم بكلام دون قصد.

يقول الخطيب الشربيني: (ولا يصدق ظاهراً في دعواه سبق لسانه بالطلاق الا بقرينة لتعلق حق الغير، ولأن الظاهر الغالب أن البالغ العاقل لا يتكلم بكلام لا يقصده)<sup>(١)</sup>.

### الزيدية:

يتفق فقهاء الزيدية مع الجمهور في أن على القاضي أن يحكم بوقوع طلاق المخطئ ما لم تتم قرينة تزيد صدق دعواه في الخطأ، يقول الصنعاني: (ولا يقبل قوله أنه سبق لسانه الا إذا كان المقام يحتمل ذلك بقرينة)<sup>(٢)</sup>.

## الفرع الثاني

### لا يقع طلاق المخطئ لا قضاء ولا ديانة

وهذا الحكم هو مذهب الجعفرية، والظاهرية، والأباضية ورواية للحنبلة.

### الجعفرية:

قالوا: لا يقع قضاء ولا ديانة لأن القصد من شروط صحة الطلاق، وقد أكدوا ذلك في جميع المراجع الفقهية الجعفرية، منها ما جاء في إيضاح الفوائد<sup>(٣)</sup> من أنه: (يشترط في المطلق القصد فلا يقع طلاق الساهي والغافل والغالط وتارك النية وإن نطق بالصرح، ومن سبق لسانه من غير قصد).

(١) مغني المحتاج للشيخ محمد الخطيب الشربيني ٢٨٧/٣. وورد نفس الحكم في نهاية المحتاج ٨٢/٦. وفي الأنوار ١٩٦/٢.

(٢) التاج المذهب لأحكام المذهب للعلامة أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني ١٢٠/٢ وورد مثل ذلك في البحر الزخار ١٦٧/٣. هامش المنتزع المختار ٢٨٢/٢.

(٣) ٢٩٢/٣. الروضة البهية ١٤٨/٢. والكاظمي ٦٢/٦.

### الظاهريّة:

استدلوا على عدم الوقوع قضاء وديانة بأدلة أهمها:

١- قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾<sup>(١)</sup>.

والمخطئ ليس متعمدا في إيقاع الطلاق.

٢- قول الرسول ﷺ ﴿أَمَّا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَأَمَّا لِكُلِّ أَمْرٍ مَا نَوَى﴾. والمخطئ لا ينوي الطلاق<sup>(٢)</sup>.

٣- قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعدم وقوع طلاق المخطئ<sup>(٣)</sup>.

### الاباضية:

في ظاهر كلام الاباضية أن الخطأ في شخص الزوجة لا يؤثر في صحة الطلاق بخلاف الصيغة، فإن الخطأ فيها يستوجب عدم وقوع الطلاق قضاء وديانة. حيث ورد في جوهر النظام<sup>(٤)</sup>:

وكان بالصریح نطقا اعلنا	والجد والهزل سواء ههنا
بذلك ظن أن تلك الزوجة	ومثله من أيقظته خدينته
زوجة للقصد فيما ينطق	فقال أنت طالق فتطلق
فانه المرفوع دون شطط	وليس كالوهم ولا كالغلط

### الحنابلة:

وفي رواية للإمام أحمد تقبل دعواه في الحكم إلا في حالة الغضب أو سؤالها الطلاق<sup>(٥)</sup>. أي لا يشترط لقبول دعواه الخطأ أمام القاضي وجود قرينة تؤيده، وإنما يشترط عدم وجود دليل يعارضه كحالة الغضب، وسوء التفاهم مع الزوجة، أو سؤالها الطلاق.

(١) (ادْعُوهُمْ لِآيَاتِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فِإِخْوَانَكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا) (الأحزاب: ٥).

(٢) المسقلاني ١٤٤/٨.

(٣) المحلى ٢٠٠/١٠.

(٤) ٢١٩/٢.

(٥) الانصاف ٤٦٦/٨. المغني والشرح الكبير ٢٦٤/٨.

## الفرع الثالث

### يقع قضاء وديانة

هذا الرأي المتطرف هو رواية من الروايات الثلاث من مذهب الحنابلة والتي تعتبر المخطئ كالهازل فيقع طلاقه في القضاء وفي الفتوى، وإن وجدت قرينة تدل على صدق دعواه الخطأ، بأن يكون اسم زوجته طاهرة فسبق لسانه فقال لها طالق وهو يريد خطابها باسمها. في الانصاف: (وإن أراد أن يقول طاهر فسبق لسانه، أو أراد أن يقول مطلقة من زوج سابق كان قبله لم تطلق، وإن ادعى ذلك دين. والصحيح هو المذهب وعليه الاصحاب. وعنه (أي عن الأمام أحمد) لا يدين<sup>(١)</sup> حكاها ابن عقيل في بعض كتبه، والخلواني كالهازل على اصح الروايتين<sup>(٢)</sup>).

فهذه الرواية عن الأمام أحمد التي حكاها ابن عقيل والخلواني والتي تعتبر المخطئ كالهازل رواية بعيدة وخارجة عن المنطق السليم للشريعة الاسلامية، وتعتبر تطرفاً لا يتفق والمكانة الفقهية لأمام عظيم مثل أحمد بن حنبل (رحمه الله). ولعلها استحدثت باسمه.

### الاستنتاج والترجيح:

أولاً - يستنتج من هذا الاستعراض لأقوال فقهاء المسلمين بصدد حكم طلاق المخطئ ما يلي:

- ١- أن الخلاف إنما هو من زوج مخطئ، استعمل الصيغة الصريحة في الطلاق. أما إذا كانت الصيغة من الكنايات فإنه لا يمكن الحكم بوقوع طلاقه بالاجماع لأن الكناية لا يقع بها الطلاق إلا مع النية وهي لا تعرف إلا من المطلق الذي يدعي الخطأ في استعمال الصيغة وهو ينكر ذلك.
- ٢- أن الأصل على القول الأول هو وقوع طلاق المخطئ ما لم يقم دليل يثبت خلاف هذا الأصل، لأنه بالغ عاقل مختار استعمل الصيغة الصريحة في الطلاق.

(١) أي حتى مع وجود قرينة تؤيد دعواه الخطأ أمام القضاء أو لدى المفتي.

(٢) الانصاف في معرفة الراجع من الخلاف على مذهب الأمام أحمد ٤٦٥/٨.



٣- أن الأصل في القول الثاني هو عدم وقوع طلاق المخطيء ما لم يقيم دليل على خلاف ذلك، لانه يدعى بقاء الزواج وهو اصل، والطلاق حكم عارض، فاذا ثبت حكم شرعي فعلى القاضي أن يحكم ببقائه استصحابا الى أن يثبت دليل على خلاف ذلك.

٤- أن العمل بالقوة الثالث ترفضه الشريعة الاسلامية السمحاء التي تنادي بقوله تعالى ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾<sup>(١)</sup>.

ثانيا - الرأي الراجع من وجهة نظري هو ما ذهب اليه جمهور فقهاء المسلمين من أن طلاق المخطيء لا يقع ديانة<sup>(٢)</sup>.

وأما قضاء فان للقاضي أن يحكم بعدم الوقوع ايضا اذا ثبت لديه قرينة تصدق دعواه وذلك للأسباب الآتية:

١- لان النبي ﷺ قال: ((ان الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه))<sup>(٣)</sup>. اي أن الله رفع الحكم عن التصرف القولي الذي يصدر عن الانسان خطأ أو نسيانا أو كرها.

أما في تصرفاته الفعلية التي يترتب عليها الضرر اللاحق بالغير، فانه يسأل عنها مدنيا (عن التعويض)، ولا يسأل جنائيا عن العقاب، لان الأول مبني على أساس الضرر، والثاني يبنى على توفر القصد الجنائي وهو مفقود في الحالات الثلاث المذكورة.

٢- ولان الطلاق يعتبر الوسيلة الأخيرة يلجأ إليها لحل المشاكل العائلية بين الزوجين بعد نفاذ كافة الوسائل الأخرى. اذن هو شرع للحاجة والضرورة، وبذلك يتطلب القصد اليه لسد الحاجة ورفع الضرر<sup>(٤)</sup>.

(١) (وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مَلَّةً أَيْكُمْ إِبْرَاهِيمَ هُوَ سَمَّاكُمُ الْمُسْلِمِينَ مِنْ قَبْلُ وَفِي هَذَا لِيَكُونَ الرَّسُولُ شَهِيداً عَلَيْكُمْ وَتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ فَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَاعْتَصِمُوا بِاللَّهِ هُوَ مَوْلَاكُمْ فَنِعْمَ الْمَوْلَى وَنِعْمَ النَّصِيرُ) (الحج: ٧٨).

(٢) اي ما لم تتقدم قرينة ضده.

(٣) سنن ابن ماجه ٣٢٢/١. وفي رواية اخرى رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه.

وفي رواية: أن الله وضع عن امتي الى آخره.

(٤) قال ابن عباس الطلاق عن وطر أي حاجة. القسطلاني ١٤٥/٨.

٣- ولأن الخطأ باطني لا يعرف الا من جهة صاحبه، وقد يدعي بانه لم يقصد الطلاق بل سبق لسانه اليه خطأ، وهو كاذب في دعواه، فيكون في الاخذ بما يدعيه والحكم به من قبل القاضي إحلال لما حرمه الله

فمن الضروري أن توجد قرينة تدل على صدق دعواه حتى يحكم القاضي بمقتضاها.  
٤- ولأن الظاهر الغالب أن البالغ العاقل لا يتكلم بكلام لا يقصده.

ومن الجدير بالذكر من قبيل المخطئ في عدم وقوع طلاقه من لقن بصيغة الطلاق فنطق بها وهو لا يعرف معناها فلا يقع طلاقه لانه وان قصد النطق بها الا أنه لا يعني مدلولها ولا ما تستعمل فيه، فكانت لغوا.

## المبحث السادس

### طلاق الصبي

الصبي أما يميز أو غير مميز. وقد أجمع فقهاء المسلمين على أن حكم الصبي غير المميز حكم المجنون فيما عليه من التصرفات القولية والفعلية، وأنه محجور عليه لذاته، وبناء على ذلك لا يقع طلاقه باتفاق الكل.

أما طلاق الصبي المميز فقد اختلف في صحته الفقهاء على قولين:  
 الأول - وهو رأي الأكثرية - لا يصح طلاقه. واليه ذهب الحنفية، والمالكية في المشهور، والشافعية، والحنابلة في رواية، والجعفرية في الأشهر والأظهر، والزيدية والظاهرية.  
 والثاني - هو ما اختاره بعض الفقهاء - يصح طلاقه إذا ناهز الاحتلام وعلم أن الطلاق يعني إنهاء رابطة الزوجية. وهو قول غير مشهور للمالكية، ورواية مشهورة للحنابلة، وأحدى روايات الجعفرية، وبه قال الزيدية ديانة لا قضاء.  
 ونوزع وجهة نظر الفريقين على الفرعين التاليين.

### الفرع الأول

#### القول بعدم صحة طلاق الصبي المميز

القول بعدم صحة طلاق الصبي المميز هو ما استقر عليه رأي الجمهور، لأن الطلاق أن لم يكن تصرفاً ضاراً ضرراً محضاً، فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال اعتباره نافعاً نفعاً محضاً، ولذا لا يعتبر صحيحاً كما في الإيضاح الآتي:

#### الحنفية:

قالوا: لا يقع طلاق الصبي وإن كان مرافقاً، لأن من باب كليات الشريعة الإسلامية أن تصرفات القاصر (غير البالغ)<sup>(١)</sup> الضارة ضرراً محضاً، باطلة، وإن نفذ تصرفاته الدائرة

(١) الإنسان منذ تكونه وهو جنين في بطن أمه إلى وفاته يمر بالمراحل الآتية:

بين النفع والضرر يتوقف على اجازة من له حق الاجازة، بان يكون ممن يحق له مباشرة العمل بنفسه، وحيث أن الولي أو الوصي ليس له حق التطبيق مباشرة، فانه لا يملك حق الاجازة فيه ايضا .

وبناء على ذلك يعتبر طلاق الصبي قبل بلوغه باطلا وان اجازه بعد البلوغ أو اجازه الولي.

يقول السرخسي: (وخلع الصبي وطلاقه باطل ليس له قصد معتبر شرعا، خصوصا فيما يضره)<sup>(١)</sup>.

ويقول ابن الهمام: (ولا يقع طلاق الصبي وان كان يعقل)<sup>(٢)</sup>.

وفي تنوير الابصار وشرحه: (لا يقع طلاق الصبي ولو مراحقا أو اجازه بعد البلوغ، لان حين وقوعه وقع باطلا والباطل لا يحاز)<sup>(٣)</sup>.

### المالكية:

المشهور عن الأمام مالك أن الصبي لا ينفذ طلاقه حتى يبلغ وبه اخذ اصحابه<sup>(٤)</sup>.

أ - أهلية الوجوب الناقصة: وهي صلاحية الانسان لان تكون له حقوق فقط كالارث والوقف والوصية حيث تثبت هذه الحقوق للجنين وتستقر ملكيتها له بعد ولادته حيا. وأساسها كونه أنسانا.

ب - أهلية الوجوب الكاملة: وهي الصلاحية للحقوق وبعض الالتزامات المالية خلال الفترة الواقعة بين الولادة وسن التمييز، فله الحقوق وعليه بعض الالتزامات المالية كالنفقة والزكاة. وأساسها الذمة المالية.

ج - أهلية الأداء الناقصة: وهي الصلاحية للقيام ببعض التصرفات كالتصرفات النافعة نفعاً محضاً بدون اذن الولي أو القاضي مثل قبول الهدية والوصية... وكالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر بعد الإذن مثل البيع والشراء وأساسها هو التمييز.

د - أهلية الاداء الكاملة: وهي الصلاحية لكافة التصرفات القولية والفعلية المالية وغير المالية بعد دخول سن الرشد اذا لم يكن هناك عارض من عوارض الاهلية.

(١) المبسوط للسرخسي ١٧٨/٦.

(٢) شرح فتح القدير لابن همام ٤٧٨/٣.

(٣) تنوير الابصار وشرحه الدر المختار مع حاشية ابن عابدين رد المحتار ٢٤٣/٣.

(٤) شرح الخرشي ٣١/٤.

### الشافعية:

البلوغ والعقل عندهم من شروط صحة الطلاق قولاً واحداً - حسب ما أعلم - . ففي الانوار: (لا يقع طلاق الصبي منجزاً أو معلقاً على ما بعد البلوغ ولو كان مراهماً)<sup>(١)</sup>. وفي الوجيز: (المطلق هو كل مكلف ولا ينفذ طلاق الصبي)<sup>(٢)</sup>.

### الحنابلة:

الرواية المشهورة عن الإمام أحمد أن طلاق غير البالغ لا يقع<sup>(٣)</sup>.

### الجعفرية:

في أشهر رواياتهم وأظهرها لا يصح طلاق الصبي المميز، وعليه كافة المتأخرين من فقهاءهم، ففي الروضة البهية: (فلا يصح طلاق الصبي وإن أذن له الولي، أو بلغ عشرين على أصح القولين)<sup>(٤)</sup>. وفي المختصر النافع: (الركن الأول المطلق، ويعتبر فيه البلوغ والعقل والاختيار والقصد)<sup>(٥)</sup>.

### الزيدية:

لفقهاء الزيدية رأيان أحدهما لا يصح ولو كان مميزاً أو أذن وليه. ففي التاج المذهب: (فلا يصح من الصبي ولو مميزاً، ولو أذن وليه في ذلك)<sup>(٦)</sup>. وفي البحر الزخار: (ولا يصح من الصبي إذا رفع القلم عنه فلا حكم لعقوده)<sup>(٧)</sup>.

### الظاهرية:

لا طلاق للصبي عند الظاهرية لأنه لا زواج له. فهم يقولون لا يجوز للأب وللغير أنكاح الصغير الذكر حتى يبلغ، فإن فعل فهو مفسوخ<sup>(٨)</sup>.

(١) الانوار للاردبيلي ٩٣/٢.

(٢) الوجيز للفرزالي ٥٣/٢. ومثله نهاية المحتاج ١١٤/٦.

(٣) المغني والشرح الكبير ٢٥٧/٨. الانصاف ٤٣١/٨ وما بعدها.

(٤) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ١٤٨/٢.

(٥) المختصر النافع ص ٢٢١.

(٦) التاج المذهب ١١٩/٢.

(٧) البحر الزخار ١٦٥/٣.

(٨) المحلى لابن حزم الظاهري ٤٦٢/٩.

واعتبر قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل<sup>(١)</sup> البلوغ شرطاً للزوم الزواج لا لصحته. ويبدو لنا من هذا الاستعراض أن أهم أدلة الجمهور على عدم صحة طلاق الصبي المميز هو أن الطلاق تصرف خطير لا يُقدّم عليه إلا لضرورة، ثم إذا لم تنفذ تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر فمن باب أولى لا يصح طلاقه. وإجازة الولي لا تأثير لها، لأنه ليس اهلاً لها حيث لا يستطيع مباشرة التكليف بنفسه عند جمهور فقهاء المسلمين.

## الفرع الثاني

### القول بصحة طلاق الصبي

هذا الاتجاه كما ذكرنا هو قول غير مشهور للمالكية، ورواية مشهورة للحنابلة واحدى أراء الجعفرية، وقال به الزيدية ديانة لا حكماً:

#### المالكية:

يصح طلاق الصبي اذا كان مناهزاً للإحتلام على القول غير المشهور عن الأمام مالك (رحمه الله). ففي بداية المجتهد: (وأما طلاق الصبي فان المشهور عن مالك أنه لا يلزم حتى يبلغ. وقال في مختصر ما ليس في المختصر أنه يلزم اذا ناهز الإحتلام)<sup>(٢)</sup>.

#### الحنابلة:

المشهور عندهم هو أن الصبي الذي يعقل الطلاق ويعلم أن زوجته تبين وتحرم عليه، ينفذ طلاقه، ويعتبر هذا من أكثر الروايات عن الأمام احمد واختاره ابو بكر والخرقي وابن حامد وغيرهم من أصحابه<sup>(٣)</sup>.

وقال المردأوي: (هو الصحيح في المذهب وعليه جماهير الأصحاب وهو المنصوص عن الأمام أحمد)<sup>(٤)</sup>.

(١) حددت المادة (٧) اهلية الزواج بالعقل واكمال الثامنة عشرة. وأجازت المادة (٨) لمن اكمل الخامسة عشرة استثناء.

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٦٧/٢.

(٣) الميزان الكبرى للشعراني ١٠٤/٢. ابن عابدين المرجع السابق ٢٤٣/٣.

(٤) الانصاف للعلامة المردأوي ٤٣١/٨ وما بعدها.

واستدلوا على هذا الاختيار بأدلة أهمها ما يلي:

- ١- عموم قول النبي ﷺ: ((أَمَّا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ))<sup>(١)</sup> حيث يشمل الصبي الذي يفهم الطلاق.
- ٢- عدم استثناء الصبي من قول الرسول ﷺ: ((كُلُّ طَلَّاقٍ جَائِزٌ إِلَّا طَلَّاقَ الْمُفْتَوِّهِ الْمُفْتُولِبِ عَلَى عَقْلِهِ))<sup>(٢)</sup>.
- ٣- قول علي بن أبي طالب عليه السلام: (اكتموا الصبيان النكاح) أي: حتى لا يطلق الصبي بعد علمه بالزواج.
- ٤- ولأنه طلاق من عاقل صادق علمه كطلاق البالغ، وقد اختار هذا الرأي سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبي وإسحاق وغيرهم.

### الجعفرية:

لفقهاء الجعفرية رأي غير مشهور يجوز طلاق الصبي إذا بلغ عشر سنين فما فوق. ففي مستدرك الوسائل: (يشترط في صحة الطلاق البلوغ فلا يصح طلاق الصبي إلا إذا بلغ عشر سنين)<sup>(٣)</sup>. وفي إيضاح الفوائد: (فلا يصح طلاق الصبي وإن كان مميزاً ولو بلغ عشرة إلا على رواية ضعيفة)<sup>(٤)</sup>.

### الزيدية:

ذهب بعض فقهاء الزيدية إلى جواز طلاق الصبي إذا اكمل الثانية عشرة من العمر فحينئذ يقع ديانة لا قضاء، أي ليس للقاضي أن يحكم بوقوعه ولكنه يقع بينه وبين الله<sup>(٥)</sup>.

(١) عَنْ عِكْرَمَةَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ أَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَجُلٌ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَن سَيِّدِي زَوَّجَنِي أُمَّتَهُ وَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنِي وَبَيْنَهَا قَالَ فَصَدَّ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْمُنْبَرَّ فَقَالَ يَا أَيُّهَا النَّاسُ مَا بَالُ أَحَدِكُمْ يُزَوِّجُ عَبْدَهُ أُمَّتَهُ ثُمَّ يُرِيدُ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا (ابن ماجه: ٢٠٧٢)

(٢) الترمذي: ١١١٢

(٣) مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل الباب (١١) ٤/٣.

(٤) إيضاح الفوائد ٢٩١/٣.

(٥) الروض النضير ١٥٥/٤ وما بعدها.

## الترجيح:

يبدو لي من هذا الاستعراض أن الرأي الذي من المفضل العمل به هو ما ذهب اليه جمهور فقهاء المسلمين من عدم صحة طلاق كل أنسان لا يكون بالغاً عاقلاً، وذلك للأسباب الآتية:

- ١- الطلاق عمل خطير على نطاق الأسرة والمجتمع، فمن الضروري ألا يعتبر نافذاً إلا بمن يقدر هذه الخطورة بان يتمتع بأهلية كاملة وعقلية ناضجة.
- ٢- هناك نصوص كثيرة مطلقة من أقوال الرسول العظيم ﷺ تدل على عدم صحة طلاق الصبي دون تفريق بين المميز وغيره، منها عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: ((لَا يَجُوزُ طَلَاقُ الصَّبِيِّ وَلَا عِتْقُهُ وَلَا وَصِيَّتُهُ وَلَا شِرَاؤُهُ وَلَا يَبْعُهُ وَلَا شَيْءٌ))<sup>(١)</sup> ومنها ((رفع القلم عن الصبي حتى يدرك))<sup>(٢)</sup> ومن القواعد المقررة في علم الأصول أن (المطلق يعمل على اطلاقه ما لم يثبت دليل يقيدده) ولا دليل.
- ٣- تصرفه المالي الضار باطل، والدائرة بين النفع والضرر لا يتفد الا باجازه من له حق الاجازة، فمن باب أولى يجب أن يكون طلاقه باطلا، لانه اكثر خطورة وأهمية من القضايا المالية.
- ٤- اذا كان هناك ضرورة تقتضي إنهاء رابطة الزوجية بين الصبي وزوجته، فيجب أن يستعان بالقضاء للتفريق بينهما.

(١) الدارمي: ٣١٦١

(٢) القسطلاني شرح صحيح البخاري ١٤٥/٨.



## المبحث السابع

### طلاق المجنون والسفيه

أجمع فقهاء المسلمين على عدم صحة طلاق المجنون اذا طلق حال جنونه، كما اتفقوا على صحة طلاقه اذا كان جنونه متقطعاً وطلق حين الإفاقة وتوفرت بقية أركان وشروط طلاقه<sup>(١)</sup>. لكنهم اختلفوا في طلاق السفيه<sup>(٢)</sup> فذهب الجمهور الى صحته وقال البعض بعدمها حسب التفصيل الآتي:

#### الحنفية:

قالوا: يقع طلاق السفيه وان كان مجبوراً عليه، لانه ليس من التصرفات القابلة للفسخ كالبيع وغيره مما يتوقف على اذن الولي. ففي الفتاوى الهندية: (المعاملات التي لا تقبل الفسخ كالزواج والطلاق لا تأثير للحجر عليها)<sup>(٣)</sup> وفي تنوير الابصار: (يرقع طلاق كل زوج بالغ عاقل ولو كان مكرهاً أو هازلاً أو سفيهاً)<sup>(٤)</sup>.

#### المالكية:

أجمع فقهاء المالكية على وقوع طلاق السفيه سواء كان مجبوراً عليه أم لا، ففي الشرح الكبير (انما يصح طلاق البالغ العاقل ولو سفيهاً)<sup>(٥)</sup>.

(١) ينظر: المبسوط ١٧٨/٦، المجموع شرح المذهب ٣٨٣/١٥، الانصاف ٤٣٢/٨، والقسطلاني ١٤٤/٨، الروضة البهية ١٤٨/٢، الميزان الكبرى ١٠٤/٢، ايضاح الفوائد ٢٩١/٣، البحر الزخار ١٦٥/٣.

(٢) السفه خفة تبعث الانسان على العمل بخلاف مقتضى العقل. فهو سبب للحجر عليه عند الجمهور (الشافعية، والحنابلة، والمالكية، والجعفرية، والزيدية، وصاحبى ابي حنيفة). وقال ابو حنيفة (رحمه الله) لا يحجر عليه لان الحفاظ على كرامة الانسان أهم من الحفاظ على ماله. وانكر الظاهرية السفه بالمعنى الذي ذهب اليه الفقهاء وأعطوا كافة الصلاحيات لمن يسميه الفقهاء سفيهاً.

(٣) الفتاوى الهندية ٦١/٥.

(٤) تنوير الابصار مع حاشية ابن عابدين ٥٧٩/٢ وما بعدها.

(٥) الشرح الكبير للدريدر ٣٦٥/٢.

وفي الشرح الصغير: (وانما يصح الطلاق من مسلم مكلف ولو سفيهها) <sup>(١)</sup>.

### الشافعية:

قالوا: السفيه ما دام مكلفا يصح طلاقه. في مفني المحتاج: (فيصح من السفيه والمريض باعتبار كونه من المكلفين) <sup>(٢)</sup>.

### الحنابلة:

قالوا: الحجر على السفيه ليس له تأثير على صحة طلاقه، لان الحجر إنما هو بالنسبة لأصوله.

يقول ابن قدامة: (والحجر عليه في ماله لا يمنعه تصرفه في غير ما هو محجور عليه) <sup>(٣)</sup>.

### الظاهرية:

انكر فقهاء الظاهرية وجود أنسان يكون سفيهها في نظر الاسلام بالمعنى الذي يقوله فقهاء المسلمين، وهم يقولون لم يستعمل القرآن تعبير السفيه الا لمن لا يؤمن بالاحكام التي وردت فيه <sup>(٤)</sup>.

### المجهرية:

لا يصح عندهم زواج السفيه بدون اذن الولي وعليه أن يعين المهر والمراة ولو تزوج بدون اذنه وقف العقد على اجازة لكن يقع طلاقه اذا لم يكن موجبا لالتزام مالي <sup>(٥)</sup>. ويفهم من هذا أنه اذا ترتب عليه التزام مالي لا يقع طلاقه. لكن لم اطلع على ذلك صراحة في المراجع الفقهية المجهرية.

(١) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٤١٨/١.

(٢) مفني المحتاج للشرييني ٢٧٥/٣.

(٣) المفني والشرح الكبير ٢٥٩/٨.

(٤) لمزيد من التفصيل يراجع المحلى لابن حزم ٢٥٩/٨.

(٥) العروة الوثقى ٣٩٢/٢.

### الزبديّة:

يفهم من عموم ما ورد في البحر الزخار (تصرفات المحجور عليه للسفه باطلّة)<sup>(١)</sup>: عدم صحة طلاق السفه لان لفظ (تصرفات) جمع مضاف وبذلك يعتبر من صيغ العموم والعام يعمل على عمومه ما لم يكن هناك مخصص ولم أجده.

### الترجيح:

أرى التفريق بين طلاق يترتب عليه التزامات مالية وبين غيره، واعتبار عدم صحته في الحالة الأولى وذلك للأسباب الآتية:

١- السفه المحجور عليه له حكم الصبي غير المميز والثاني لا يصح طلاقه عند الجمهور، فالمفروض أن يسري نفس الحكم على الأول.

٢- يرى فقهاء الشافعية<sup>(٢)</sup>، والجعفرية<sup>(٣)</sup> عدم صحة زواج السفه المحجور عليه، والتفريق بين الزواج والطلاق الذي تترتب عليه التزامات مالية تحكم وترجيح بلا مرجع.

٣- تصرفات السفه المحجور عليه المالية الضارة باطلّة، والدائرة بين النفع والضرر يتوقف نفاذها على اذن الولي، والطلاق لا يقل أهمية وخطورة من القضايا المالية.

٤- اذا كانت هناك ضرورة تدعو الى الطلاق فليتم ذلك عن طريق القضاء.

(١) البحر الزخار ٩٢/٥.

(٢) الانوار (٩٣/٢). وفيه (السفه المحجور عليه يتزوج باذن الولي ويبطل دونه).

(٣) ايضاح الفوائد (١٨/٣). وفيه: (اذا تزوج بغير اذن الولي فسد).

## المبحث الثامن

### طلاق المريض مرض الموت

مرض الموت: هو المرض الذي يفضي الى الموت غالبا، ويعقبه الموت فعلا<sup>(١)</sup>.  
 ويلحق به ما هو في حكمه: كالحكم بالاعدام اذا تم تنفيذه، وكالحالة التي يغلب في مثلها الهلاك اذا مات في تلك الحالة<sup>(٢)</sup>.  
 لا خلاف في أن طلاق المريض في حال الهذيان لا يقع<sup>(٣)</sup>.  
 لا خلاف<sup>(٤)</sup> في وقوع طلاق المريض اذا كان حين التطليق متمتعا بالادراك الكامل والشعور التام.  
 لا خلاف في أن الطلاق الرجعي لا يمنع التوارث بين الزوجين اذا مات احدهما قبل انتهاء العدة، لان المطلقة رجعيا في حكم الزوجة<sup>(٥)</sup>.  
 لا خلاف في أن الطلاق البائن في حالة الصحة يقطع علاقة الزوجية فلا توارث أن مات احدهما أثناء العدة.  
 وانما الخلاف في ميراث مطلقة المريض مرض الموت اذا طلقها فيه طلاقا بائنا. ولفقهاء المسلمين في هذه القضية أربعة اقوال رئيسة<sup>(٦)</sup>:  
 أحدها: لا ترث مطلقا. والثانية: ترثه مطلقا. والثالث: ترثه ما لم تنته عدتها. والرابع: ترثه ما لم تتزوج.  
 ونوزع عرض هذه الأقوال على الفروع الأربعة الآتية:

- (١) يراجع استاذنا الشيخ عبد الرحيم الكشكي، الميراث المقارن ص ٨٣.  
 (٢) تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٣/٣٨٢). وفيه: (من غالب حاله الهلاك بمرض أو غيره بان أضناه مرض عجز به عن إقامة مصالحه خارج البيت، أو بارز رجلا أقوى منه، أو قدّم ليقتل من قصاص أو رجم فارا بطلاقه).  
 (٣) الشرح الصغير مع الصاوي ٤١٨/٢.  
 (٤) أي لا يوجد خلاف يعتد به، والا هناك رأي شاذ يقول بعدم وقوع طلاق المريض مطلقا. واخذ به المشرع العراقي في (م ٣٥) من قانون الأحوال الشخصية المعدل.  
 (٥) المغني لابن قدامة ٣٣٩/٦.  
 (٦) ونقل ابن حزم في المحلى (١٠/٢١٨-٢٢٤): اقوالا أخرى وهي غير مشهورة لذا اهملتها.

## الفرع الأول لا ترث مطلقاً

عند الظاهرية، والزيدية، وفي قول للشافعي: أن مطلقة المريض مرض الموت إذا ثبت وقوع طلاقها بانئنا لا ترثه أن مات بعد الطلاق، وإن ثبت سوء قصده في الطلاق، وكونه فاراً بان أراد حرمانها من الميراث بعد شعوره بخطورة مرضه.

وأهم ما استند إليه هؤلاء في عدم توريث مبتوتة المريض هو: زوال سبب الميراث (الزوجية) بالطلاق البائن، واعتبار التوريث رأياً اجتهادياً محضاً يصطدم مع ظاهر النص، وزوال السبب يستلزم زوال مسببه كما في الإيضاح الآتي:

### الظاهرية:

قال ابن حزم: (وطلاق المريض كطلاق الصحيح، ولا فرق، مات من ذلك المرض أو لم يمته منه. فإن كان طلاق المريض ثلاثاً، أو آخر ثلاث، أو قبل أن يطأها فمات، أو ماتت قبل تمام العدة أو بعدها، أو كان الطلاق رجعياً فلم يرتجعها حتى مات أو ماتت بعد تمام العدة<sup>(١)</sup>): فلا ترثه في شيء من ذلك كله، ولا يرثها أصلاً. وكذلك طلاق الصحيح للمريضة، وطلاق المريض للمريضة ولا فرق<sup>(٢)</sup>).

واعتبر ابن حزم قول القائلين بتوريث مطلقة المريض طلاقاً بانئنا، مخالفاً للقرآن الكريم قائلاً في الرد عليهم: (ما فر المطلق المريض مرض الموت قط عن كتاب الله تعالى، بل أخذ بكتاب الله واتبعه لأن الله أباح الطلاق، وقطع بالثلاث، وبالطلاق قبل الوطء جميع حقوق الزوجية من النفقة، وإباحة الوطء، والتوارث).

فليس هنا الفرار من كتاب الله، بل الفرار من كتاب الله هو توريث من ليست زوجة. فكيف يجوز أن تورث بالزوجية من أن وطنها رُجم، أو من قد حل لها زواج غيره، أو من هي زوجة لغيره... هذا هو خلاف كتاب الله حقاً بلا شك<sup>(٣)</sup>.

(١) ويبدو من كلام الظاهرية أن الطلاق البائن عندهم ينحصر في صور ثلاث: استيفاء الطلقات

الثلاث، والطلاق قبل الدخول، والطلاق الرجعي بعد انتهاء العدة.

(٢) المحلى لابن حزم الظاهري ٢١٨/١.

(٣) المرجع السابق ٢٢٤/١.

وهذا الاتجاه هو ما استقر عليه فقهاء الظاهرية بالاجماع.

### الزيدية:

يتفق فقهاء الزيدية مع الظاهرية فيما ذهبوا اليه بصدد توريث مطلقة المريض من الأدلة قالوا: أن القرآن الكريم حصر سبب توارث الزوجين في الزوجية الحقيقية أو الحكمية الصحيحة القائمة وهي ترتفع بالطلاق البائن، ولا يجوز الاحتجاج بقضاء عثمان، لأن قول الصحابي ليس حجة ولا يُستدل بالقياس لعدم توفر عناصره.

ورد في الروض النضير: (ان قوله تعالى ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ إنما يفيد التوارث بالزوجية، والطلاق البائن يقطعها، ولا توارث بغير السبب. وان توريث عثمان تماضر زوجة عبد الرحمن بن عوف رأي صحابي وهو لا حجة فيه، وان قياسه على القاتل غير صحيح لان العلة الجامعة هي المعاملة بنقيض القصد، فيلزم توريث القاتل عند عدم سوء قصده بناء على هذا القياس<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ على هذا التعليل الأخير للزيدية: أن القاتل يرث المقتول عند أكثر الفقهاء اذا لم يتوفر لديه القصد الجنائي الذي يسمى بسوء القصد. ويعتبر فقهاء الزيدية أنفسهم ممن قالوا: أن المانع من الميراث هو القتل العمد العدوان<sup>(٢)</sup>.

### الشافعية:

لم يستقر الشافعية على رأي واحد في عدم توريث مبتوتة المريض، سبب ذلك هو الاختلاف في قول الشافعي القديم والجديد. قال ابو إسحاق الشيرازي: (اختلف قول الشافعي (رحمه الله) فيمن بت طلاق امراته في المرض المخوف واتصل به الموت، فقال في أحد القولين أنها ترثه لانه متهم في قطع إرثها، والثاني أنها لا ترث وهو الصحيح، لأنها بينونة قبل الموت فقطعت الارث كالطلاق في الصحة)<sup>(٣)</sup>.

ونُسب الأول الى قوله القديم، والثاني الى قوله الجديد ففي المجموع: (قال في القديم ترثه، وقال في الجديد لا ترثه)<sup>(٤)</sup>.

(١) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للصنعاني ٢١٦/٣.

(٢) يراجع دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الاسلامي للمؤلف.

ص ٣١٩

(٣) يراجع المذهب ٢٥/٢.

(٤) المجموع شرح المذهب ٥٠٤/١٤.

وجل أدلة الشافعي في قوله بعدم التوريث هو أن الطلاق البائن فرقة تقطع سبب الميراث، شأنها شأن الفرقة في حالة الصحة، وإن الاجتماع لم ينعقد على قضاء عثمان رضي الله عنه، فقد خالفه بعض الصحابة منهم علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعبد الرحمن بن عوف، وعتبة... يقول ابن قدامة: (وروى عن عتبة بن عبدالله بن الزبير لا ترث مبتوتة، وروي ذلك عن علي وعبد الرحمن بن عوف، وهو قول الشافعي الجديد لأنها بائن ولا ترث كالبائن في الصحة، أو كما لو كان الطلاق باختيارها، ولأن أسباب الميراث محصورة في رحم (نسب) ونكاح وولاء وليس لها شيء من هذه الأسباب<sup>(١)</sup>) وكذلك روي عدم التوريث عن أبي الشور<sup>(٢)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن فكرة توريث مبتوتة المريض لما قال بها عثمان بن عفان، عارضها عبد الرحمن بن عوف قبل وفاته<sup>(٣)</sup>.

## الفرع الثاني

### ترث مطلقاً

ذهب الأمام مالك وأصحابه، وفقهاء الإباضية، والشافعية في أحد أقوالهم: إلى أن مبتوتة المريض مرض الموت ترثه مطلقاً سواء مات الزوج أثناء العدة أم بعدها، وسواء تزوجت المطلقة أم لا.

وقالوا: لا يبنى التوريث على أساس قيام الزوجية الحقيقية أو الحكيمة، وإنما هو استثناء من القاعدة العامة، وعقاب للزوج المريض الذي قصد بطلاقه حرمان زوجته من الميراث، فيعامل بنقيض قصده السييء، فالزوج متهم بتهمة القصد السييء وبعد ثبوتها يبقى مفعولها مستمرا مهما طال الزمن، فلا ينقضي بانقضاء عدة المطلقة ولا بتزويجها... كما في التفصيل الآتي:

(١) المغني لابن قدامة ٣٣٠/٦.

(٢) المجموع المرجع السابق.

(٣) المحلى ٢٢٤/١٠.

## المالكية:

جاء في المنتقى: (من طلق امراته في مرضه ورثته وإن مات بعد أنقضاء عدتها وبعد أن تزوجت غيره، إذا اتصل مرضه إلى أن توفي، لاجتماع الصحابة عليه حيث روي عن عمر وعثمان وغيرهما، ولا يخالف لهم في ذلك، ولأنها فرقة في حال منع تصرفه فيها، وللتهمة<sup>(١)</sup>).

وقالوا: (بتوريثها وإن كانت الفرقة برضاها أو بتقصير منها. يقول الباجي: (فإن طلقها بنشوزها أو لعان أو خلع فإن حكم الميراث باق لها - خلافا للحنيفة - لأن عثمان ورث امرأة عبد الرحمن بن عوف وقد سألته الطلاق).

ومن وجهة المعنى أن الأذن لا يسقط في ميراث الوارث، كما لو أذن الابن لآبيه في إخراجهم من الميراث<sup>(٢)</sup>).

ويلاحظ على قول المالكية بالتوريث على الرغم من كون الطلاق برضاها، حيث أنه يتعارض مع قولهم ببناء التوريث على أساس تهمة سوء قصد الزوج في الطلاق.

## الاباضية:

أخذ فقهاء الاباضية بالاتجاه المطلق في توريث المبتوتة، ففي شرح النيل: (وإذا طلق في المرض ورثته ولو بعد أنقضاء عدتها أو بعد تزوجها وطول المدة، وهو قول عمر وعثمان ومالك<sup>(٣)</sup>).

ولم يشترط فقهاء الاباضية سوى الوفاة بالمرض الذي طلقها فيه.

يقول أبو إسحاق التلمساني:

وان يطلق امرؤ مريض زوجته فوارثه مفروض

ترثه وإن مضت عدتها ونكحت وبعدت مدتها

هذا إذا مات وهو ما افاق من مرض قارنه ذاك الطلاق<sup>(٤)</sup>

وقد ذهبوا إلى أبعد من ذلك فقالوا بتوريثها وإن كان الطلاق قبل الدخول<sup>(٥)</sup>.

(١) المنتقى شرح موطأ الإمام مالك ٨٥/٤ - ٨٦ مع التصريف.

(٢) المنتقى شرح الموطأ ٨٦/٤.

(٣) شرح النيل وشفاء العليل ٢٧٦/٨.

(٤) المرجع السابق.



### الشافعية:

يقول ابو اسحاق الشيرازي في استعراض آراء فقهاء الشافعية:  
(والثالث أنها ترث أبداً، لان تورثها للضرار وذلك لا يزول بالتزويج فلم يبطل  
حقها)<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثالث

### ترث ما لم تنته العدة

قال ابو حنيفة (رحمه الله) وأصحابه، وسفيان، والليث، والأوزاعي، والأمام أحمد في روايته، والشافعية في احدى اقوالهم: مطلقة المريض ترثه ما دامت في عدتها منه بعد وفاته، يقول السرخسي: (واذا طلق المريض امرأته ثلاثاً أو واحدة بائنة ثم مات وهي في العدة فلا ميراث لها منه في القياس، وهو أحد أقاويل الشافعي (رحمه الله). وفي الاستحسان ترث منه وهو قولنا... وجه القياس: أن سبب الارث ارتفع بالطلاق، والحكم لا يثبت بدون السبب. ولكننا استحسننا لاتفاق الصحابة، والقياس يترك باجماع الصحابة)<sup>(٢)</sup>.

والحنفية يشترطون لتورث المبتوتة الشروط التالية:

١- أن يطلقها وهو في مرض الموت أو بحال غلبه الهلاك<sup>(٣)</sup>.

٢- أن يموت بهذا المرض أو تلك الحالة<sup>(٤)</sup>.

٣- أن يموت وهي لا تزال في العدة<sup>(٥)</sup>.

(١) المرجع السابق وفيه: (ويلغز اي امرأة ورثت اربعة انواع فصاعداً في شهر واحد؟. وهي من تتزوج رجلاً مرضى قبل الدخول ويموتون عنها).

(٢) المهذب ٢/٢٥٠.

(٣) المبسوط للسرخسي ٦/١٥٤.

(٤) الدر المختار وشرح تنوير الابصار مع رد المحتار ٣/٣٨٢.

(٥) المرجع السابق.

(٦) بدائع الصنائع للكاساني ٤/٢٠٦٦.

٤- أن يكون الطلاق بعد الدخول<sup>(١)</sup>.

٥- ألا يكون الطلاق برضاها<sup>(٢)</sup>.

### الأمام أحمد:

قال ابن قدامة: (وروي عن أحمد ما يدل على أنها لا تترث بعد العدة. وعلى هذه الرواية لا تترث المبتوتة غير المدخول بها)<sup>(٣)</sup>.

### القول القديم للشافعي:

ورد في المجموع (وان قلنا بقوله القديم قال: متى ترثه؟ فيه ثلاثة أقوال: أحدها ترثه ما دامت في عدتها منه. فإذا انقضت عدتها لم ترثه وبه قال أبو حنيفة، وسفيان، والليث، والأوزاعي، وإحدى الروایتين عن أحمد، لان الميراث للزوجة إنما يكون لزوجة أو لمن هي في حكم الزوجات، فما دامت في عدتها فهي في حكم الزوجات)<sup>(٤)</sup>. وهذا الاتجاه منتقد كما نوضحه في نهاية المبحث حيث أن مصدر التوريث ليس الزوجية لا حقيقة ولا حكماً لانقطاع علاقة الزوجية بالطلاق البائن.

## الفرع الرابع

### ترثه ما لم تتزوج

قال فقهاء الجعفرية، والامام أحمد في قوله المشهور ، وابن أبي ليلى، وأبو حنيفة في رواية عنه، والشافعية في أحد أقوالهم: أن مبتوتة المريض مرض الموت ترثه ما لم تتزوج، فإذا تزوجت سقط حقها برضاها لان الزواج بمثابة التنازل عن حقها في الميراث من تركة زوجها السابق الذي طلقها وهو في مرض الموت.

وقد أضاف فقهاء الجعفرية الى ذلك شرطاً آخر وهو أن لا تمضي على الطلاق مدة أكثر من سنة. وبعد السنة يسقط حقها وان لم تتزوج كما في الايضاح الآتي:

(١) الدر المختار المرجع السابق ٣/٣٨٣.

(٢) بدائع الصنائع (٤/٢٠٥٧) وفيه: (فان كان برضاها لا تترث بالاجماع). اي اجماع فقهاءهم.

(٣) المغني لابن قدامة ٦/٣٣٠.

(٤) المجموع شرح المذهب ١٤/٥٠٥.

### الجعفرية:

قالوا بتوريث مبتوتة المريض بالشروط التالية:

١- أن يطلقها وهو في مرض الموت.

٢- أن يموت بهذا المرض.

٣- ألا تمضي على الطلاق مدة أكثر من سنة.

٤- ألا تتزوج زوجا آخر<sup>(١)</sup>.

ففي المختصر النافع<sup>(٢)</sup>: (لو طلقها مريضا ورثت وإن كانت بائنا ما لم تخرج السنة، ولم يبرأ، ولم تتزوج).

وفي الروضة البهية: (والطلاق بل يمنع الارث إذا مات احدهما في العدة الرجعية لان المطلقة رجعيا بحكم الزوجة بخلاف البائن فانه لا يقع بعده توارث في عدته الا أن يطلق وهو في المرض فانها ترثه الى سنة ولا يرثها هو)<sup>(٣)</sup>.

وقال الكليني: (وإن طلقها في حال اضرار فهي ترثه الى سنة فإن زاد على السنة يوما واحدا لم ترثه)<sup>(٤)</sup>.

لكنهم اختلفوا في اساس التوريث: فقال اكثرهم: أنه يترتب على مجرد الطلاق في مرض المورث، وقال البعض: اساسه التهمة أي اتهام الزوج بأنه قصد اضرارها بحرمانها من الميراث عن طريق الطلاق<sup>(٥)</sup>.

ومن وجهة نظري مآل القولين واحد وهو معاملة الزوج بنقيض قصده السيء.

وشرط عدم مضي سنة على الطلاق للتوريث لم اجد له مبررا في المراجع الفقهية للأمامية.

(١) الكافي للكليني ١٢٢/٦. وفيه: (وإذا مات في مرضه ولم تتزوج ورثته وإن كانت قد تزوجت فقد رضيت بالذي منع لا ميراث لها).

(٢) ص ٢٧٢.

(٣) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٣٢٧/٢.

(٤) الكافي المرجع السابق ١٢٢/٦.

(٥) هامش الكافي المرجع السابق ١٢٢/٦.

### الرأي المشهور عن الأمام أحمد:

روى فقهاء الحنابلة عن الأمام أحمد روايتين: أحدهما تتفق مع الحنفية وهي أنها لا ترث بعد انتهاء العدة وإن لم تتزوج. والثانية التي تعتبر هي الصحيحة والمشهورة عنه أنها ترث ما لم تتزوج.

ففي المغني: (دليلنا أن عثمان رضي الله عنه ورث تماضر وكان طلاقها في مرضه فبتها، واشتهر ذلك من الصحابة فلم ينكر فكان إجماعاً. ولم يثبت عن علي ولا عن عبد الرحمن خلاف هذا. ولأن هذا قصد قصداً فاسداً في الميراث فعورض بنقيض قصده كالقاتل القاصد استعجال الميراث يعاقب بحرمانه. إذا ثبت هذا فالمشهور عن أحمد أنها ترث في العدة وبعدها ما لم تتزوج<sup>(١)</sup>).

ومن شروط التوريث عند الحنابلة أن يموت الزوج بالمرض الذي طلقها فيه<sup>(٢)</sup>. لكن اختلف فقهاء الحنابلة في توريث المبتوتة إذا كان الطلاق قبل الدخول<sup>(٣)</sup>.

### ابن أبي ليلى

وهو يعتبر من أنصار القول بأن مبتوتة المريض ترثه ما لم تتزوج. يقول السرخسي: (قال ابن أبي ليلى (رحمه الله): وإن عدتها في حق الميراث لا تنقضي حتى أن لها الميراث ما لم تتزوج فإذا تزوجت فهي التي رضيت بسقوط حقها<sup>(٤)</sup>).

### رواية أبي حنيفة

قال الشعراني: (ولأبي حنيفة رواية أخرى أنها ترثه ما لم تتزوج وبه قال أحمد)<sup>(٥)</sup>.

### الشافعية:

وفي قول للشافعية: ترثه ما لم تتزوج<sup>(٦)</sup>.

(١) المغني ٣٣٠/٦.

(٢) المرجع السابق ٣٣١/٦.

(٣) نقل ابن قدامة في المغني (٣٣١/٦) أربع روايات: أحدها: لها الصداق كاملاً والميراث وعليها العدة (عدة الوفاة). والثانية: لها الميراث والصداق ولا عدة عليها. والثالثة: لها الميراث ونصف الصداق وعليها العدة وهو رواية لمالك أيضاً. والرابعة: لا ميراث لها وهو قول جابر والنخعي وأبي حنيفة والشافعي وأكثر أهل العلم.

(٤) المبسوط للسرخسي ١٥٦/٦.

(٥) الميزان الكبرى للشعراني ١٠٦/٢.

## التحليل والمناقشة والترجيح:

### التحليل

يبدو من هذا الاستعراض لاقوال الفقهاء بصدد حكم ميراث مبتوتة المريض مرض الموت أن أهم أسباب خلافهم هو الاختلاف في تحديد أساس هذا التوريث:

١- فمن أخذ بالقاعدة العامة القاضية بأن سبب توارث الزوجين هو قيام الزوجية الصحيحة، ورأى أن العدول عنها رأي واجتهاد محض، ولا مساغ للاجتهاد عند مورد النص، قال: أن الطلاق البائن يرفع السبب (الزوجية) وبانتفائه ينتفي السبب (الميراث) وهذا ما استقر عليه رأي الظاهرية والزيدية.

٢- ومن حاول التقريب بين القاعدة العامة، وبين ما يوجب العدول عنها من تهمة القصد السيء للزوج المريض، واختار طريقة رعاية الأمرين فقال: أن المبتوتة ترث ما لم تنته عدتها لأنها ما دامت في العدة لها حكم الزوجة لارتباطها بالزوج بعد. وفي هذا رعاية للقاعدة. ولكنها على الرغم من البيونة ترثه عقابا على تهمة الاضرار. وفي هذا اخذ بموجب العدول عن القاعدة. وهو مذهب ابي حنيفة (رحمه الله) ومن هذا حذوه.

٣- ومن عمل بسد الذرائع وبنى الميراث على أساس تهمة الإضرار استثناء من القاعدة العامة رعاية لمصلحة الزوجة، واعتبر تزوجها اللاحق تنازلا عن هذه المصلحة. قال بتوريثها ما لم تتزوج. وهذا ما أخذ به فقهاء الحنابلة والجعفرية ومن وافقهم في ذلك.

٤- ومن قال أن علة توريثها هي التهمة المنسوبة الى الزوج، وأن هذه التهمة كما لا تزول بانتهاؤها العدة كذلك لا تسقط بالزواج، قال بتوريثها مطلقا لان الحكم يدور مع علته

(١) المذهب ( ٢٥/٢ ) وفيه: (فقال (الشافعي) في احد القولين: أنها ترث لانه متهم في منع ارثها فورثت كالقاتل لما كان متهما في استعجال الميراث لم يرث. فاذا قلنا أنها ترث فالى اي وقت؟ فيه ثلاثة اقوال: احدها: أن مات في العدة ورثت لان حكم الزوجية باق. وان مات وقد أنقضت العدة لم ترث لانه لم يبق حكم الزوجية. والثاني أنها ترث ما لم تتزوج لانها اذا تزوجت علمنا أنها اختارت ذلك. والثالث أنها ترث ابدان لان توريثها للضرار وذلك لا يزول بالتزويج فلم يبطل حقها). وبناء على ذلك يكون لفقهاء الشافعية نصيب من الرأي في الاقوال الاربعة الرئيسية المذكورة في هذا المبحث.

وجودا وعدما. وقد اختار الأمام مالك (رحمه الله) هذا الاتجاه وتبعه بعض الفقهاء كما ذكرنا.

### المناقشة:

١. يناقش رأي الظاهرية والزيدية ومن وافقهم بان النص شرع لاجل مصلحة الانسان، فاذا تعارضت مع المصلحة التي يحققها تطبيق هذا النص مصلحة أخرى أقوى منها وأهم وأحسن بالنسبة لمن يطبق عليه النص، على القاضي أن يعمل بها ويترك تطبيق النص. وهذا لا يعني ترك النص بالمصلحة، وانما هو ترك نص بنص آخر يدعو الى الاخذ بالمصلحة المرعية في ميزان الشريعة الاسلامية كنص (لا ضرر ولا ضرار) الوارد على لسان رسول الله ﷺ.
٢. ويلاحظ على رأي الحنفية: أن الزوجة المطلقة طلاقا بانئا ليس لها حكم الزوجة حين تكون في العدة، لانها تنتهي علاقتها مع الزوج لحظة وقوع الطلاق، فتصبح بائنة اجنبية بالنسبة اليه في جميع الحقوق والالتزامات التي تترتب على الزواج، وان ميراث الزوجة المطلقة في مرض الموت يبنى على أساس تهمة القصد السيء في رأيهم وفي رأي كل من يقول بتوريثها، وان هذه التهمة لا صلة لها بالعدة وجودا وعدما.
٣. ويمكن أن يقال للأمام مالك (رحمه الله) أن ميراث المبتوتة حق خاص لها، قال به الفقهاء رعاية لمصلحتها فلها التنازل عن هذه المصلحة صراحة أو ضمنا، وبذلك يعتبر زواجها تنازلا ضمنيا عن هذا الحق، ثم أن العمل بقول هذا الفقيه العظيم يؤدي الى توريث الزوجة من زوجين.
٤. ويلاحظ على رأي الجعفرية أن تحديد حق الزوجة في الميراث بمدة سنة حكم تعبدي لا يدرك العقل سببه والحكم التعبدي لا يثبت بالرأي والاجتهاد وانما بالنص.

### الترجيح:

الرأي الذي اميل اليه هو الذي يقضي بتوريث المبتوتة ما لم تتزوج اذا توافرت الشروط التالية:

- ١- أن يكون الطلاق في مرض الموت أو في حالة يغلب فيها الهلاك.
- ٢- أن يموت الزوج بهذا المرض أو تلك الحالة.
- ٣- أن يتم الطلاق على رغم ارادة الزوجة أو بتقصير من الزوج.
- ٤- أن يتم الدخول بها.

٥- الا تتزوج زوجا آخر قبل وفاة الزوج المريض السابق. وذلك:

أ- لان هذا التورث يبنى على اساس اتهام الزوج بالقصد السيء وان هذه التهمة لا تقوم عندما يكون الطلاق برضاها واذا ثبت وجودها تبقى بعد انتهاء العدة.

ب - الطلاق قبل الدخول لا يلحق بالمطلقة ضررا يوجب تورثها من تركة الزوج المريض مرض الموت وان ثبت سوء قصده في الطلاق.

ج - تورثها بعد الزواج يؤدي الى أن ترث اكثر من زوج واحد.

بالاضافة الى أن هذا الزواج يعتبر تنازلا ضمينا عن حقها الخاص من جهة وقد يؤدي الى زوال الضرر من جهة أخرى.

## القانون وطلاق المريض مرض الموت:

تنص المادة (٣٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل والمعمول به حاليا على ما يلي: لا يقع طلاق الأشخاص الآتي بيانهم:

١- السكران والمجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقد التمييز من غضب أو مصيبة مفاجئة أو كبر أو مرض.

٢- المريض في مرض الموت، أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك اذا مات في ذلك المرض أو تلك الحالة. ترثه الزوجة.

بمقتضى عموم هذا النص لا يقع طلاق المريض مرض الموت مطلقا سواء كان متمتعا بالشعور التام والادراك الكامل ام لا.

ويبدو أن المشرع قد خلط بين عدم وقوع الطلاق وبين تورث الزوجة لذا ادع الى اعادة النظر في هذا النص وتعديله والأخذ بما هو متفق عليه في الاسلام من وقوع طلاق المريض مرض الموت اذا كان الطلاق في حالة الادراك والشعور التامين. وذلك للأسباب الآتية:

١- يخالف لما اجمع عليه فقهاء المسلمين.

٢- يخالف لما اتفق عليه قوانين البلاد العربية والإسلامية.

٣- حقوق الزوجة في الميراث مضمونة مع وقوع الطلاق.

٤- لا يستطيع القاضي أن يبت في الطلاق الا بعد وفاة الزوج المريض، فعندئذ تبقى الزوجة حائرة في أمرها الى أن يعرف المصير المحتوم للزوج، فاذا مات يحكم بعدم وقوع الطلاق

- لأنه يثبت أن الطلاق والموت كانا في مرض الموت. وإذا شفي من مرضه وثبت الخطأ في تشخيص المرض فعندئذ يحكم بوقوع الطلاق لأنه لم يكن في مرض الموت.
- ٥- يؤخذ من عموم النص المذكور أن الطلاق لا يقع ولو كان بتقصير من الزوجة أو طلب منها.
- ٦- إذا قصد المشرع من المريض مرض الموت مريضا فاقدا للوعي والتمييز فإن هذا الحكم قد ورد في الفقرة الأولى من النص فيكون هذا حشوا يجب تجنبه.



## المبحث التاسع

### طلاق المولي

**الإيلاء لغة:** الحلف واليمين مطلقاً من (آل) إذا حلف. وشرها: هو أن يحلف الزوج ألا يعاشر زوجته معاشرة جنسية مدة لا تقل عن أربعة أشهر أو مطلقاً.

كان الإيلاء طلاقاً عند العرب قبل الإسلام، فالفاء القرآن طلاقاً، واعتبره سبباً من الأسباب التي تؤدي إلى الطلاق كما إذا أصرَّ الزوج على هجر زوجته وترك معاشرتها، ونظم حكمه بقوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ<sup>(١)</sup> تَرِيصٌ<sup>(٢)</sup> أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا<sup>(٣)</sup> فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ<sup>(٤)</sup> وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ<sup>(٥)</sup> فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ<sup>(٦)</sup>﴾<sup>(٧)</sup>.

ويؤخذ من هذا النص الكريم أن للإيلاء خمسة عناصر: الزوج الحالف، والزوجة، والمحلف به، والمحلف عليه، والمدة. وإذا توفرت هذه العناصر ترتب عليها وقوع الطلاق تلقائياً دون تدخل إرادة الزوج أو القاضي عند الحنفية، وترتب الخيار بين الفينة أو الطلاق عند الجمهور، فإن امتنع منها طلق عليه القاضي. والطلاق بالإيلاء يعتبر بائناً عند الحنفية، ورجعياً عند الجمهور. حيث أن كل طلاق بالتفريق القضائي بائن إلا الطلاق على المولي وعلى المعسر بالنفقة.

(١) أي يحلفون أن لا يجامعوه.

(٢) أي أنتظار أربعة أشهر، فلها النفقة والكسوة والمسكن في تلك الفترة.

(٣) أي رجعوا فيها أو بعدها عن اليمين إلى المعاشرة وعليه الكفارة أن كان الحلف بالله.

(٤) أي غفور لهم ويغفر ذنبهم على ما أحقوه بالزوجة من الضرر.

(٥) أي بهم بعد رجوعهم إلى المعاشرة والامساك بالحسن والعدل.

(٦) أي عزموا على الطلاق بأن لم يفيتوا. فاعتبر القرآن عدم الفينة عزمًا على الطلاق. فعندئذ عليهم أن يوقعوه رفعا لأذى الزوجة.

(٧) أي لقولهم.

(٨) أي بعزمهم فليس لهم بعد التريص المذكور إلا الفينة والرجوع أو الطلاق فإن امتنع طلق عليه القاضي.

(٩) سورة البقرة / ٢٢٦، ٢٢٧.

ولما نلّمسه في هذا الموضوع من أهمية كبيرة بالنسبة لما يتعلق بالزوجة من حقها في التمتع بالزوج، ومن تقصير بعض الأزواج في هجر زوجاتهم بمحض ارادتهم، دون أن يكون هناك عذر يبرر عملهم هذا، نتولى ايضاح عناصر الايلاء، والاثار المترتبة عليه حتى يتبين للأزواج مدى مسؤوليتهم المترتبة على هجر الزوجة وترك معاشرتها دون مبرر، وليعلموا أن عملهم هذا يصطدم مع نص القرآن الكريم وأمره بأن يختار الزوج احد المسلكين الواردين في قوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾<sup>(١)</sup> فعليهم أمّا الامساك بالمعروف أو الطلاق بالمعروف، وليس لهم اختيار ثالث يؤدي الى الظلم والحاق الضرر بالزوجة.

### العنصر الأول . الحالف:

قال المالكية<sup>(٢)</sup>، والشافعية<sup>(٣)</sup> والحنابلة<sup>(٤)</sup>، والجعفرية - في رأيهم الراجح<sup>(٥)</sup> والظاهرية<sup>(٦)</sup>، والاباضية<sup>(٧)</sup>: يشترط في الحالف أن يكون قادرا على معاشرة زوجته حالا أو مآلا، فان كان عاجزا فلا يُعتد بإيلائه حيث لا يغير من الواقع شيئا. وقال الحنفية<sup>(٨)</sup>، والزيدية<sup>(٩)</sup>، وجماعة من الجعفرية<sup>(١٠)</sup>: يصح ايلاء العاجز عن المعاشرة، اخذاً بعموم قوله تعالى ﴿لِلَّذِينَ يُؤْثِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ...﴾.

(١) (وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ) (البقرة: ٢٢١).

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٤٢٧/٢.

(٣) نهاية المحتاج ٦٤/٧. الانوار ١٩٢/٢.

(٤) الانصاف ١٨١/٩. منتهى الارادات ٣١٧/٢ وما بعدها.

(٥) الروضة البهية ١٧٨/٢.

(٦) المحلى ٤٢/١٠.

(٧) شرح النيل ٤٤٢/٣.

(٨) التدبير والفرد ٢٨٤/١.

(٩) البحر الزخار.

(١٠) رياض المسائل كتاب الطلاق. شرائع الاسلام ٨٣/٢.

## منشأ الخلاف:

يؤخذ من كلام الفقهاء وتعليلاتهم: أن منشأ الخلاف هو التعارض بين عموم النص وبين تخلف علة حكمه في حالة عجز الزوج عن ممارسة العمل الجنسي. فمن أخذ بعموم النص قال: يجوز الإيلاء من كل زوج يصح طلاقه. ومن نظر إلى تخلف علة الحكم قال: أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا، وحكم الإيلاء شرع لرفع الظلم عن الزوجة ودفع الضرر عنها ومنع حرمانها من التمتع بالزوج، والحرمان قائم قبل الإيلاء فلا جديد بعد الإيلاء حتى يُرفع عن طريق القضاء أو إجبار الزوج على المعاشرة أو الطلاق.

## الترجيح:

إن قلنا أن المحلوف عليه هو الوقاع (المعاشرة الجنسية) فقط فالراجع أن الإيلاء لا ينعقد من العاجز حيث لا يأتي بجديد. وإذا قلنا هو ترك مطلق المعاشرة الحسنة، كما هو رأي الظاهرية ومن وافقهم، فالأفقه جوازه وانعقاده من العاجز، لأن العاجز عن الوقاع قد يكون متمكنًا من سائر التمتع.

## العنصر الثاني : الزوجة:

اتفق الكل على انعقاد الإيلاء من زوجة حقيقية مدخول بها غير مرضعة يُتصور منها الجماع.

واختلفوا فيما تطلبت فيها صفة من هذه الصفات.

### الحنفية:

يعتبر في الزوجة أن تكون حقيقية أو حكيمية (مطلقة طلاقاً رجعيًا وهي في العدة) ولا يشترط تمكنها من الوقاع<sup>(١)</sup>.

### المالكية:

يصح من الرجعية، والمدخول بها وغيرها، ومن الصغيرة التي لا تطبق الوطء، لكن لا

(١) الطحاوي ١٢٩/٢.

يُضرب الاجل حتى تطبيق، ومن بها مانع كالرتق والقرن. ولا ايلاء عليه من المرضعة اذا كان لمصلحة الطفل<sup>(١)</sup>.

### الشافعية:

لا يصح الايلاء ممن بها مانع من المعاشرة الجنسية لا يُرجى زواله، ويصح من الصغيرة والمریضة والرجعية وتحسب المدة من مراجعتها<sup>(٢)</sup>.

### الحنبلة:

كالشافعية، لكن في رواية لهم لا يصح من الرجعية<sup>(٣)</sup>.

### الجعفرية:

يشترط أن يكون مدخولا بها<sup>(٤)</sup>.

### الزيدية:

لا يصح من الرجعية، ويصح من غير المدخول بها، ومن بها مانع من المعاشرة لعموم النص<sup>(٥)</sup>.

### منشأ الخلاف:

منشأ خلافهم في صحة الايلاء من المطلقة الرجعية ومن بها مانع من الوقاع، هو الاختلاف في رعاية امكانية أو فعلية حق التمتع الزوجي للزوجة، فمن رأى اشتراط ثبوته بالفعل قال لا يصح الايلاء من الرجعية ومن بها مانع. ومن اكتفى بالامكان قال بصحته لا سيما أن المطلقة الرجعية التي لا تزال في العدة يصح الوقاع معها عند من يرى ذلك رجعة لها.

(١) الخرخشي ٩١/٤.

(٢) نهاية المحتاج ٦٦/٧ الانوار ٢٩٠/٢ بالنسبة للصغيرة والمریضة تحسب المدة بعد القدرة على المعاشرة.

(٣) الانصاف ١٦٩/٩.

(٤) شرائع الاسلام ٨٣/٢.

(٥) البحر الزخار ٢٤٢/٢. التاج المذهب ٢٥٤/٢.

## الترجيح:

أرى أن الأفقه هو عدم صحة الايلاء من الرجعية، لا لأنها لا حق لها في الوطء بالفعل، بل لنسلا يؤدي الى توتر الجو فيفوت الغاية المقصودة من بقاء الزوجة المطلقة في بيت الزوجية في فترة العدة، وهي اعطاء فرصة كافية للزوجين لعلمهما يرجعان الى الوثام والصفاء بعد أن تهدأ أعصابهما فيدركا نتائج الطلاق وسوء عاقبة الشقاق. وقد اشار القرآن الكريم الى هذه الحكمة في قوله تعالى: ﴿لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثَ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾.

وأما التفريق بين المدخول بها وغير المدخول بها - وهو ما ذهب اليه الجعفرية وفريق من الزيدية - فهو بالاضافة الى تعارضه مع عموم قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ فإنه يتنافى مع تساوي الحالتين (قبل الدخول وبعده) في علة الحكم.

ومنشأ اعتبار كونه مرضعة وعدم اعتباره، هو لحاظ عنصر سوء القصد من الزوج وعدمه، وسيجيء نقاش ذلك في شرط قصد الإضرار بالزوجة في العنصر الثالث.

## العنصر الثالث . المحلوف به:

اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة المحلوف به: فقال الحنفية<sup>(١)</sup>، والمالكية<sup>(٢)</sup>، والشافعية على القول الجديد للشافعي<sup>(٣)</sup>، والحنابلة على القول غير المشهور<sup>(٤)</sup>، والاباضية<sup>(٥)</sup>: ينعقد الايلاء بكل ما فيه التزام. وقال الجعفرية<sup>(٦)</sup>، والظاهرية<sup>(٧)</sup>، والشافعية في قوله القديم<sup>(٨)</sup>، والحنابلة على المشهور<sup>(٩)</sup>، والزيدية<sup>(١٠)</sup>: لا ينعقد الا باليمين باسم الله أو بصفة من صفاته.

(١) تحفة الفقهاء للسمرقندي.

(٢) الخرشي ٨٩/٤.

(٣) نهاية المحتاج ٦٤/٧.

(٤) الانصاف ١٧٣/٩.

(٥) شرح النيل ٤٤٢/٣.

(٦) شرائع الإسلام ٨٣/٢.

(٧) المحلى ٤٢/١٠.

(٨) نهاية المحتاج المرجع السابق.

(٩) المغني لابن قدامة ٢٩٨/٧.

(١٠)

## منشأ الخلاف:

منشأ اختلافهم هو التعارض بين عموم آية: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْثِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ...﴾ مع حديث: ((مَنْ كَانَ حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ أَوْ لِيَصْنُتْ))<sup>(١)</sup> من جهة، والخلاف في تشبيه الایلاء بيمين الكفارة من جهة أخرى. فمن خصص عموم الآية بالحديث أو شبه الایلاء بيمين الكفارة، قال: لا ينعقد الایلاء الا بالحلف باسم الله أو بصفة من صفاته، على أساس أن لصفته حكم الاسم في ذلك. ومن أخذ بعموم الآية، وحمل الحديث على الأولوية ونظر الى ما يترتب على الالتزام من الامتناع بقطع النظر عن طبيعة مصدره، قال بانعقاد الایلاء بكل ما يلزم الانسان على فعل شيء أو تركه<sup>(٢)</sup>.

## الترجيح:

أرى أن مصلحة الزوجة تقتضي القول بان كل امتناع من الوقاع والمعاشرة الحسنة من الزوج دون عذر منه أو منها، له حكم الایلاء ما دام الاضرار بالزوجة قائما من جراء هذا العمل السلبي من الزوج، بغض النظر عن مصدره. وعلى القاضي أن يعامل الزوج معاملة المولي، سواء حلف أو لم يحلف، كما هو اختيار بعض الفقهاء. قال القرطبي: (قال علماؤنا: ومن امتنع وطأ إمراته بغير يمين حلفها اضرارها بها، أمر بوطئها فان أبى وأصر على امتناعه مضرا بها، فُرق بينه وبينها من غير ضرب أجل)<sup>(٣)</sup>.

وجاء في مختصر خليل: (واجتهد وطلق في لا عزلن أو لا ابیتن أو ترك الوطء ضررا وان غائبا أو سرمد العبادة بلا أجل على الاصح)<sup>(٤)</sup>. وفي رواية للحنبلة: اذا ترك الوقاع مضرا بها من غير عذر، تضرب له مدة الایلاء وله حكمه، وقال المرداوي وهو الصواب<sup>(٥)</sup>. وجاء في

(١) الروض النضير ٤ / ١٦٨. البحر الزخار ٣ / ٢٤٢.

(٢) البخاري: ٢٤٨٢

(٣) بداية المجتهد ٢ / ٨٣.

(٤) تفسير القرطبي ٣ / ١٠٦.

(٥) الخرشي ٤ / ٩٣.

(٦) الانصاف للمرداوي ٩ / ١٦٩.

الروض النضير: (ويرى عن بعض السلف أن المهاجرة إيلاء) <sup>(١)</sup>.  
ومن وجهة نظري لا يشترط قصد الاضرار من الزوج ما دام الاضرار قائما فعلا، لان الاسلام يبني التعويض على الضرر بغض النظر عن قصد محدثه.  
والذي دفعني الى هذه الاطالة هو تلك الظاهرة المنتشرة بين بعض الناس من ترك الزوجة السابقة ووضعها في زوايا النسيان بعد الزواج من زوجة جديدة.

### العنصر الرابع . المحلوف عليه:

اتفق الحنفية <sup>(٢)</sup>، والمالكية <sup>(٣)</sup>، والشافعية <sup>(٤)</sup>، والحنابلة <sup>(٥)</sup>، والجعفرية <sup>(٦)</sup>، والزيدية <sup>(٧)</sup>، والاباضية <sup>(٨)</sup> على أن المحلوف عليه هو ترك المعاشرة الجنسية، وإذا حلف على ترك تمتع آخر كالمعانقة والمداعبة وغيرهما لا يكون مولىا.  
وأما الظاهرية فانهم ذهبوا الى اعطاء المحلوف عليه مفهوما أوسع، بحيث يشمل كل معاشرة بضمنها الرطء والمعانقة والمداعبة والمضاجعة وعدم المنام معها في فراش واحد... سواء نشأ ذلك عن سوء تفاهم أو لا، وسواء في ذلك صالح الزوجة أو لا، لعموم قوله تعالى ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلِّقُونَ مِن نِّسَائِهِمْ...﴾، ولحديث حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي: ((إذا حلف بالله ليفيظنها، أو ليسونها، أو ليحرمنها أو لا يجمع راسه ورأسها فهو إيلاء)) <sup>(٩)</sup>.

(١) الروض النضير ٢٦٨/٤، البحر الزخار ٢٤٢/٣.

(٢) تحفة الفقهاء ٣٠٥/٢.

(٣) الخرشي ٩٣/٤.

(٤) الانوار ٢٩٠/٢.

(٥) الانصاف ١٦٩/٩.

(٦) مستدرک الوسائل ٣٠/٣.

(٧) الروض النضير ١٨٦/٤.

(٨) شرح النيل ٤٤٨/٣.

(٩) المحلى ٤٢/١٠.

## العنصر الخامس . المدة:

اختلفوا في تحديدها: فقال الحنفية<sup>(١)</sup>، والزيدية<sup>(٢)</sup>، والاباضية<sup>(٣)</sup>، والحنابلة في رواية مرجوحة<sup>(٤)</sup>، والمالكية على رأي غير مشهور<sup>(٥)</sup>: المدة المعتبرة هي أربعة أشهر فصاعداً، لأنها هي المدة المنصوصة في القرآن الكريم. وقال الشافعية<sup>(٦)</sup>، والمالكية في رأيهم المشهور<sup>(٧)</sup>، والحنابلة في قولهم الراجح الصحيح<sup>(٨)</sup> والجعفرية<sup>(٩)</sup>: أن المدة هي ما تزيد على أربعة أشهر، لأن المولى لا يُطالب بالفينة أو الطلاق إلا بعدها، فيكون الزائد على أربعة أشهر هو مدة الأيلاء الشرعي.

وقال الظاهرية<sup>(١٠)</sup>: يتحقق الأيلاء ولو كان المدة ساعة واحدة.

## منشأ خلافهم:

منشأ خلافهم هو اختلافهم في تفسير آية: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ...﴾، فكل يفسرها بما يصل إليه اجتهاده ويبني عليه رأيه. قال الخرشي: ومنشأ القولين (القول بأربعة أشهر والقول بالأكثر) الاختلاف في فهم قوله تعالى ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ وهما مبنيان على أن الفينة<sup>(١١)</sup> هل هي مطلوبة خارج أربعة أشهر أو فيها؟ وهل يقع الطلاق بمضي أربعة أشهر أو لا؟ المشهور لا يُطالب بالفينة إلا بعد أربعة أشهر ولا يقع

(١) تحفة الفقهاء ٣٠٦/٢.

(٢) الروض النضير ١٨٤/٤. البحر الزخار ٢٤٤/٣.

(٣) شرح النيل ٤٤٨/٣.

(٤) الانصاف ١٧٤/٩.

(٥) الدسوقي ٤٢٨/٢.

(٦) الانوار ٢٩١/٢.

(٧) المنتقى شرح الموطأ ٣٠/٤. الخرشي ٩٠/٤.

(٨) منتهى الارادات ٣٢١/٢.

(٩) شرائع الاسلام ٢٢٨/٢. المختصر النافع ص ٢٣٠.

(١٠) المحلى ٤٢/١٠.

(١١) الرجوع الى معاشره الزوجة.



الطلاق بمجردهما<sup>(١)</sup>.

## الترجيح:

أرى أن الأفقه هو ما ذهب اليه الظاهرية والحسن البصري واسحاق ومن وافقهم، من عدم ضرورة تحديد مدة الهجر من الزوج بالكلام، بل يكفي تحقق الهجر من الناحية العملية، وإن المدة المذكورة في الآية هي مدة المهلة، أي أن الزوج لا يطالب جبراً بالفينة أو الطلاق إلا إذا أصر على حالة أكثر من أربعة أشهر، فخلال المدة (أربعة أشهر) لا يطالب بشيء. كما هو رأي المالكية المشهور، والشافعية، والحنابلة والجعفرية وذلك للوجوه الآتية:

١- حدد القرآن المدة للزواج لا عليهم كأجل الدين، فكما أن المدين لا يُطالب بالدين المؤجل إلا بعد انتهاء الاجل، فكذلك المولي لا يطالب بالفينة أو الطلاق إلا بعد المدة المذكورة.

٢- الفاء في قوله تعالى (فإن فاذا) للتعقيب الفعلي لا الذكري، فهي تستلزم تأخر ما بعدها عما قبلها، فتكون الفينة مطلوبة بعدها.

٣- أن الشرطية تنقل معنى الماضي إلى المضارع، فلو كان الفينة مطلوبة في المدة لبقى معنى الماضي بعدها على ما كان عليه قبل دخولها وهو باطل.

## آثار الإيلاء:

إذا توافرت عناصر الإيلاء ترتب عليها آثار ونتائج تختلف الفقهاء في مداها كما يلي:

### الحنفية:

للزوج المولي حرية الإرادة خلال مدة التربص في اختيار الفينة أو الإصرار على الامتناع. فإذا اقرن بزوجه في هذه المدة حنث في يمينه، ولزمته الكفارة وسقط الإيلاء. وإن أبى أن يفني فيها تبين زوجه بطلقة واحدة بائنة تلقائياً بانتهاء آخر جزء من المدة (أربعة أشهر)<sup>(٢)</sup>. ومعنى ذلك أن الزوج تُسلب عنه بمجرد انتهاء المدة حرية الاختيار في التطليق أو عدمه.

(١) الخرشي ٩٠/٤.

(٢) راجع شرح فتح القدير ١٨٣/٣. وما بعدها. تحفة الفقهاء ٣٠٨/٢.

جاء في البدائع<sup>(١)</sup> فإذا مضت المدة ولم يفيء اليها مع القدرة على الفيء، فقد حقق العزم المؤكد باليمين بالفعل، فتأكد الظلم في حقها فتبين منه عليه عقوبة جزاء على ظلمه، ومرحمة عليها بتخليصها عن حباله لتتوصل الى ايفاء حقها من زوج اخر.

### وحجتهم:

١- قالوا: أما يكون الطلاق بائناً للتخلص من ظلم الزوج، والرجعي لا يفيد ذلك لانه باستطاعته أن يردها الى عصمته ويعيد الايلاء. أما في البائن فتملك الزوجة نفسها وتزول سلطته عليها جزاءً لظلمه<sup>(٢)</sup>.

٢- قالوا: الفيء يجب أن يكون في المدة، لان الفاء في قوله تعالى (فان فأوا) لتفصيل بجمل قبلها مثل ﴿فَقَدْ سَأَلُوا مُوسَى أَكْبَرَ مِنْ ذَلِكَ فَقَالُوا أَرَنَا اللَّهَ جَهْرَةً﴾ فالتعقيب في الآية ذكرى فقط، فيكون المعنى: فان فأوا اي فان رجعوا عما استمروا عليه بالوقوع في المدة تعقيباً على الايلاء أو تعقيباً على التبرص، فان الله غفور رحيم لما حدث منهم من اليمين على الظلم، وعقد القلب على ذلك بسبب الفينة التي هي التوبة<sup>(٣)</sup>.

ولقراءة ابن مسعود (فان فأوا فيهن) فان هذه القراءة وان كانت شاذة، الا أنها ترجع كون الفيء في المدة، لان الراوي أنها يقرأها خبراً عن صاحب السوحي قرانا، فانتفاء القرآن ية لعدم الشرط وهو التواتر أنتفاء للأخص وهو لا يستلزم أنتفاء الاعم (الخبرية)، فدار الامر بين كونها قرانا أو خبراً عن صاحب السوحي<sup>(٤)</sup>. فاذا أنتفت القرآن ية بقيت الخبرية، لان ذلك دوران بين الحجية على وجه وبينها على وجه آخر لا بين الحجية وعدمها.

٣- وأما وقوع الطلاق تلقائياً بمجرد أنتهاء مدة التبرص، فلما روى قتادة عن علي وابن مسعود وابن عباس أنهم قالوا: اذا مضت أربعة اشهر فهي تطليقة، وهي أحق بنفسها وتعتد عدة المطلقة. واخذ بهذا الرأي عطاء وجابر بن زيد وعكرمة وسعيد بن

(١) بدائع الصنائع ١٩٦٢/٤.

(٢) راجع فتح شرح القدير ١٨٣/٤. وما بعدها.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

المسيب وأبو بكر بن عبد الرحمن ومكحول. وأخرجه الدارقطني عن الشعبي والنخعي ومسروق والحسن وابن سيرين وقبيصة وسالم وابن سلمة. فقولهم به دليل على رجوعه لديهم. ولأن الإيلاء كان طلاقاً معجلاً في الجاهلية فجعله الشرع طلاقاً مؤجلاً، والطلاق المؤجل يقع بنفس أنقضاء الاجل من غير إيقاع أحد بعده، كما قال لها أنت طالق رأس الشهر<sup>(١)</sup>.

### المالكية:

قال المالكية: تكون النتيجة كما يلي<sup>(٢)</sup>:

- ١- إذا طلبت زوجة المولي الفينة بعد اجل الإيلاء فامتنع عن الفيء والطلاق، فإن الحاكم يوقع عليه طلاقاً يملك المولي فيها الرجعة قبل انتهاء العدة، بشرط انحلال اليمين عنه في المدة، وانحلالها يكون بالوقاع فيها وبالتكفير وتعجيل الحنث بها.
- ٢- وإن وعد بالفيء، فالحاكم يمهله الى ثلاث مرات فإن لم يفعل طلق عليه.
- ٣- إذا رضيت بالمقام معه بعد الاجل بلا وقاع أو اسقاط حقها من الفينة، ثم رجعت وطالبت به، فعندئذ لا يُضرب له الاجل، بل أمّا أن يفيء أو يطلق عليها الحاكم، لشدة الضرر ودوامه، فكانها أسقطت ما لم تعلم قدره.
- ٤- ونقل أشهب عن مالك أنها تبين بانتهاء المدة، وبذلك يتفق مع الحنفية ولعل هذا مبني على الرواية غير المشهورة عنه من أن مدة الإيلاء أربعة اشهر.

### الشافعية:

يمهل المولي أربعة اشهر من وقت الإيلاء ولا حاجة الى ضرب القاضي، فإذا مضت بلا انحلال اليمين وبلا عذر، فلها المطالبة بالوقاع أو الطلاق، أن لم يكن فيها مانع وما لم تطلب الزوجة لم يؤمر الزوج به، ولا يبطل حقها بالتأخير، فإذا طوّل الزوج بأحد الأمرين فأبى طلق عليه القاضي طلاقاً رجعيّة واحدة<sup>(٣)</sup>.

(١) بدائع الصنائع، المرجع السابق.

(٢) راجع شرح الخرشي ٩١/٤ وما بعدها.

(٣) راجع الانوار ٢٩٣/٢.

### الحنابلة:

قالوا: اذا صح الايلاء وضربت له مدة اربعة اشهر من وقت اليمين، فان كان بالرجل عذر يمنعه من الوقاع احتسب عليه بمدته، واذا كان لعذر بها كصفرها وجنونها ومرضها وجبسها... لم يحسب عليه.

وقيل يُحتسب كالخيض. وقال في الوجيز تُضرب مدته من اليمين سواء كان في المدة مانع من قبلها أو من قبله. وبعد انتهاء الاجل اذا اعفته المرأة سقط حقها على المذهب، وعليه جماهير اصحاب احمد. وان لم تعفه امر بالطلاق، فان طلق واحدة فله رجعتها. وهذا هو المذهب وعليه جماهير الأصحاب. فان لم يطلق حبس وضيق عليه حتى يطلق في احدى الرويتين. وفي الاخرى يطلق عليه القاضي. قال صاحب الانصاف: وهو المذهب. وقال في الفروع وهذا اظهر واختاره الحرقى، والقاضي في التعليق وابو خطاب وغيرهم<sup>(١)</sup>.

### المجهرية:

قالوا: اذا انقضت مدة التبرص لم تطلق بانقضاء المدة وليس للقاضي طلاقها، وتبدأ المدة من الترافع لا من حين الايلاء، خلافا لبعضهم ولو طلب الزوج الاهمال أهمل ما جرت العادة به، فإذا أصر على الامتناع ثم رافقه يخيره الحاكم بين الفينة والطلاق، ولا يجبر على احدهما بعينه، فان امتنع حبسه وضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يكفر ويغي. أو يطلق، واذا طلق وقع رجعيًا حيث لا سبب للبيونة، واذا اقرن بها في مدة الايلاء لزمته الكفارة اجماعا وبعدها يختلف فيها<sup>(٢)</sup>. وجاء في مستدرك الوسائل<sup>(٣)</sup> اذا أبى أن يطلق بعد المدة ولم يغي، حبسه الأمام وضيق عليه في المطعم والمشرب، فان أبى فله قتله لامتناعه عن أمام المسلمين.

### الزيدية:

قالوا: الايلاء متى تكاملت قيوده وتوفرت عناصره أوجب للزوجة حق المطالبة بالغي. اجماعا، ويوقف الزوج بعد أربعة أشهر حتى يطلق أو يغي. لظاهر الاية. واذا وعد بالغي.

(١) راجع الانصاف ١٨٣/٩. وما بعدها. منتهى الارادات ٣٢١/٢.

(٢) راجع شرائع الاسلام ٨٤/٢. رياض المسائل كتاب الطلاق.

(٣) مستدرك الوسائل كتاب الايلاء ٢٢٩/٣.

أهمله القاضي الى يومه. ولا يطلق عليه عند الزيدية.<sup>(١)</sup> جاء في التاج المذهب<sup>(٢)</sup> (ورافقته الى الحاكم بعد مضي اربعة اشهر وبحس الزوج أن إمتنع حتى يطلق أو يفى). والطلاق عندهم يكون رجعيا.

### الظاهرية:

قالوا: يجب على الحاكم أن يوقفه ويأمره بوقاعها سواء طلبت المرأة ذلك أم لا. رضىت أو لم ترض. فان فاء في الاجل فلا سبيل عليه، وان أبى لم يعترض حتى تنتهي المدة، فعندئذ اجبه الحاكم بالسوط على أن يفى. فيواقع أو يطلق حتى يفعل احدهما كما امر الله أو يموت قتيل الحق الى مقت الله. الا أن يكون عاجزا عن الوقاع فلا يجوز تكليفه ما لا يطيق لكن يكلفه أن يفى. بلسانه، وبحسن الصحبة والمبيت.

ومن المستغرب أن الظاهرية والجعفرية يبيحون قتل الزوج على يد الحاكم، في حين أنهم لا يجوزون نيابته عنه في ايقاع طلاقه. وكثيرا ما يطعن ابن حزم بالائمة الكرام، وريتهمم باتخاذ آراء غير سديدة وينسى نفسه في هذه المجالات.

ويرى الظاهرية أن للحاكم اتخاذ الاجراءات المذكورة وان لم تطلب المرأة بحقها، لانه حق الله في عبده لا لها، وقد قال رسول الله ﷺ ((من رأى منكم منكرا فليغيره بيده... الحديث))<sup>(٣)</sup>.

### الاباضية:

ظاهر كلامهم أن رأيهم يتفق مع رأي الحنفية في أن الطلاق يقع بمجرد أنتهاء المدة. جاء في شرح النيل<sup>(٤)</sup> وان لم يمسه حتى مضت أربعة أشهر بانته. وجاء في جوهر النظام:

وبعد أن تخرج من ذاك الامد حل زواجها لمن لها ورد  
وصار زوجها من الخطاب لا يتقدم على الاصحاب<sup>(٥)</sup>

وارى أن حكمة تشريع حكم الايلاء ومصلحة المرأة تقضيان أن تطلب الزوجة عن طريق القضاء الفينة أو التطلق، فان رفض الزوج كلا الامرين دون مبرر ينوب عنه القاضي

(١) الروض النضير ١٩٠/٤. الروضة الندية ٦٤/٢. البحر الزخار ٢٤٤/٣ وما بعدها.

(٢) التاج المذهب ٢٥٦/٢.

(٣) راجع المحلى ٤٣/١٠. وما بعدها.

(٤) شرح النيل ٤٤٦/٣.

(٥) جوهر النظام ٢٣٥/٢.

فيطلق عليه طلاق واحدة باتنا، وذلك لتخليص الزوجة من ظلم الزوج وإزالة الضرر عنها. وإن هذا الحق لا يسقط بالتأخير وسكوتها أو إعفائها له، ما دامت متضررة من جراء هذا العمل السلبي.

وهذه الفكرة وإن لم يقل بها مذهب معين، إلا أنها تؤخذ من مجموع ما ذهب إليه الفقهاء، كما يتضح ذلك من استعراضنا لأرائهم.

### موقف القانون:

من المؤسف أن قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية والإسلامية لحد الآن لا تعرف الإيلاء وأحكامه، ولكنها تطرقت لموضوع الهجر كسبب من أسباب التفريق القضائي. فالمادة (٢/٤٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل تنص على أن للزوجة طلب التفريق إذا هجرها زوجها مدة سنتين فاكتر بلا عذر مشروع، وإن كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الانفاق منه.

## المبحث العاشر

### طلاق النائب

النيابة :

أما اتفاقية: تتم بمقتضى ارادة الطرفين ويملك كل حق التصرف فيما تم الاتفاق عليه كالوكالة، وهي اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف يملك التصرف فيه.

وأما شرعية: مقررة بارادة الشرع كالولاية الخاصة للولي والوصي على القاصر. وأما قضائية: تكون بموجب الولاية العامة للقاضي فينبوب عن القاصر في بعض التصرفات التي تقتضيها الضرورة أو مصلحة القاصر ومنها الطلاق.

وبناء على ذلك طلاق النائب أما أن يكون عن طريق الوكالة أو الولاية وتتناول كلتا الطريقتين في الفرعين التاليين:

## الفرع الأول التوكيل في الطلاق

اختلف الفقهاء في التوكيل في الطلاق: فقال الجمهور بجوازه، وقال الظاهرية بعدم صحته. أذهب جمهور فقهاء المسلمين الى أن الزوج كما يملك أن يطلق مباشرة، له الحق في أن يوكل غيره عنه في ذلك. وللوكيل أن يطلق في أي وقت، وفي أي مكان ما لم يقيد الموكل بوقت أو مكان، وما دامت الوكالة قائمة. وللموكل عزله قبل التطبيق، كل ذلك مع الخلاف في بعض التفصيلات الجزئية كما يلي:

### الحنفية:

قال ابن الهمام: (الوكيل بالطلاق اذا لم يكن بمال لا ينعزل بطلاق الموكل سواء أطلقها الموكل باننا أم رجعيًا؟ فالوكيل أن يطلقها بعد ذلك ما دامت في العدة. واذا انقضت عدتها ينعزل، حتى لو تزوجها الموكل بعد العدة لا يقع طلاق الوكيل عليها، بخلاف ما لو تزوجها قبل انقضاء العدة فيما اذا كان الطلاق باننا فانه لو أطلقها الوكيل وقع عليها)<sup>(١)</sup>.

### المالكية:

يجوز الطلاق بالتوكيل، وللموكل عزل الوكيل قبل التطبيق، فلا يقع بعده سواء علم بعزله أم لا. وما قاله الاستاذ محمد سلام مذكور من أن: (له أن يعزله من الوكالة خلافا للمالكية الذين لا يجيزون له حق العزل لانه أمر تعلق به حق الزوج)<sup>(٢)</sup>، قول غير سليم يدل على عدم استيعاب هذا الاستاذ الفاضل لرأي المالكية حيث جاء في الشرح الصغير: (وله - اي للزوج - عزل وكيله قبل فعل ما وكل عليه الا لتعلق حقها بان قال لها: أن تزوجت عليك فأمرك أو أمر الداخلة (الزوجة الجديدة) بيدك توكيلا. وتزوج عليها فليس له عزلها عنه)<sup>(٣)</sup>.

(١) شرح فتح القدير ٤٩٤/٣.

(٢) احكام الاسرة في الاسلام للدكتور سلام مذكور ٩٠/٢.

(٣) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٤٣٦/٢. وورد نفس المضمون في شرح الخرشي ٧٠-٦٩/٤.



إذا قول المالكية بعدم جواز عزل الوكيل ورد بصدد حالة خاصة فقط. أمّا في غير هذه الحالة فلا فرق بين رأيهم ورأي الجمهور في جواز عزل الوكيل قبل الطلاق.

### الشافعية:

وهم كالجمهور قالوا: بالتوكيل في الطلاق ويقع به ما لم يخالف الوكيل شروط الموكّل. ففي الانوار: (لو قال وكلتك في طلاقها بحضور فلان، أو في بلد كذا، أو يوم كذا، أو طلقها إذا سألت، أو شاءت، فخالف لم تُطلق. ولو طَلَّقَهَا ثلاثاً فطلقها واحدة وقعت. ولو قال طلقها واحدة فطلقها ثلاثاً بلفظ واحد لم تطلق، وبثلاثة ألفاظ تقع واحدة)<sup>(١)</sup>.

### الحنابلة:

للحنابلة تفصيل قد يختلف مع الجمهور في الرجوع عن الوكالة، وهم يعتبرون بعض تصرفات المعاشرة عزلاً للوكيل. وقال المرداوي: (وإذا وكل في الطلاق من يصح توكيله صح طلاقه وله أن يطلق متى شاء إلا أن يحدد له الزوج حداً. والصحيح من المذهب أن (الوطء (المعاشرة الجنسية) مع الزوجة عزل للوكيل، وعليه الأصحاب. وفي بطلانها بقبلة خلاف)<sup>(٢)</sup>. وقال أيضاً: (وتقبل دعوى الزوج أنه رجع عن الوكالة قبل إيقاع الوكيل الطلاق عنه عند أصحابنا)<sup>(٣)</sup>.

### المعفرية:

وهم يتفقون مع الجمهور في جواز التوكيل في الطلاق بالنسبة إلى الغائب، أمّا إذا كان الزوج حاضراً فالصحيح عندهم جائز أيضاً، وفي مقابل هذا لهم قول يتفق مع الظاهرية في حالة عدم غياب الزوج. وهم يشترطون لوقوع الطلاق بالتوكيل الإشهاد على ذلك وقت التوكيل، لأن الطلاق في رأيهم لا يقع بدون الشهود. قال الكليني: (عن أبي عبد الله سألت عن رجل جعل أمر إمرأته إلى رجل، فقال: أشهدوا أنني جعلت أمر فلانة إلى فلان أيجوز ذلك للرجل؟ قال: نعم. وروى أنه لا تجوز الوكالة في الطلاق)<sup>(٤)</sup>.

(١) الانوار للاردبيلي ٩٣/٢.

(٢) الانصاف ٤٤٤/٨. ورد نفس المضمون في الاقتناع ٥/٤.

(٣) الانصاف المرجع السابق ٤٤٦/٨.

(٤) الكافي للكليني ١٢٩/٦.

وفي ايضاح الفوائد<sup>(١)</sup>: (ذهب الشيخ في النهاية الى أنه لا يصح توكيل الحاضر في الطلاق). وفيه أيضا: (عن الصادق لا تجوز الوكالة في الطلاق. وحملها الشيخ على الحاضر جمعا بين الأدلة)<sup>(٢)</sup>.

### الزبديّة:

يتفق رأيهم مع الجمهور لكنهم يشترطون أن يضيف الوكيل صيغة الطلاق الى الموكل قياسا على الزواج<sup>(٣)</sup>.

ب - قال الظاهرية: لا يجوز الطلاق بالتوكيل لانه لم يثبت بنص ولا بعمل السلف من الصحابة والتابعين، ولان القرآن كلما ذكر الطلاق خاطب به الأزواج.. ولان نظيره لا يصح بالتوكيل كالإيلاء واللعان والظهار...

قال ابن حزم: (لا تجوز الوكالة في الطلاق لان الله عزوجل يقول: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾. فلا يجوز عمل أحد عن أحد الا حيث أجازاه القرآن أو السنة الثابتة عن رسول الله ﷺ. ولا يجوز كلام أحد عن كلام غيره الا حيث أجازاه القرآن أو سنة رسول الله. ولم يأت في طلاق أحد عن أحد بتوكيله إياه قران ولا سنة فهو باطل. والمخالفون لنا أصحاب قياس بزعمهم وبالضرورة يدري كل أحد أن الطلاق كلام والظهار كلام واللعان كلام والإيلاء كلام. ولا يختلفون في أنه لا يجوز أن يظهر أحد عن أحد ولا أن يلاعن أحد عن أحد ولا أن يولي عن أحد، لا بوكالة ولا بغيرها، فهلا قاسوا الطلاق على ذلك؟ ولكن لا النصوص يتبعون ولا القياس يحسنون)<sup>(٤)</sup>.

### منشأ الخلاف:

منشأ خلاف الفقهاء في جواز الطلاق عن طريق التوكيل هو اختلافهم في الأخذ بالقاعدة الأصولية القائلة: (الأصل في عمل الانسان هو الصحة ما لم يتم دليل على خلاف ذلك)

(١) ٢٩٣/٣.

(٢) المرجع السابق ٢٩٣/٣.

(٣) بحر الزخار ١٦٥/٤.

(٤) لمزيد عن التفصيل راجع المحلى ١٩٦/١٠.

المتفرعة عن قاعدة (الأصل في الأشياء الإباحة). فالجمهور لم يثبت لديهم دليل شرعي يمنع التوكيل في الطلاق، لذا قالوا بصحته اخذاً بالقاعدة المذكورة.

ولكن الذي استقر عليه رأي الظاهرية هو: (ان الأصل في عمل الانسان البطلان ما لم يحزه القرآن أو سنة ثابتة، أو إجماع الصحابة) لأنهم لا يعترفون بإجماع غير الصحابة حيث لم ينعقد بعدهم على حد ظنهم.

### الترجيح:

الراجح هو قول الجمهور لعدم ثبوت دليل يمنع التوكيل في الطلاق. ولكن مصلحة استقرار الحياة الزوجية تقتضي منع التوكيل في الطلاق الا بالنسبة للغائب أو العاجز عن الحضور بنفسه أمام القضاء، ووضع غرامة مالية على كل من يخالف ذلك، لا لان الطلاق لا يقع بالتوكيل، وانما لتقليل نطاق حوادث الطلاق البغيض عند الله ورسوله.

### موقف القانون:

أخذ التعديل الخامس رقم (١٥٦) لسنة ١٩٨٠ لقانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل بمذهب الظاهرية في عدم جواز التوكيل في الطلاق وإجراءاته، الا للزوجة نفسها، فللزوجة أن يفوضها أو يوكلها بأن تطلق نفسها أن شاءت ذلك.

ففي المادة الأولى من هذا التعديل جاء ما يلي: (تلغى المادة الرابعة والثلاثون<sup>(١)</sup> من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل ويحل محلها ما يأتي:

أولاً- الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة إن وكلت به أو فوضت، أو من القاضي. ولا يقع الطلاق الا بالصيغة المخصصة له شرعاً.

ثانياً- لا يعتد بالوكالة في إجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم في إيقاع الطلاق.

المادة الثانية: لا يعمل بأي نص يتعارض مع أحكام هذا القانون.

(١) نص المادة الملغاة: (المادة الرابعة والثلاثون - الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو وكيله، أو من الزوجة أن وكلت به أو فوضت أو من القاضي. ولا يقع الطلاق الا بالصيغة المخصصة له شرعاً). الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) العدد (٢٧٩٥) السنة (٢٣) ٢٢/أيلول/١٩٨٠.

## الفرع الثاني الولاية في الطلاق

المقصود من الولاية هي الولاية الخاصة (ولاية الولي أو الوصي)، والولاية العامة (ولاية القاضي). اختلف فقهاء الشريعة في حكم الطلاق عن طريق الولاية على ثلاثة آراء:  
الرأي الأول: لا يحق للولي بالولاية الخاصة أن يطلق زوجة القاصر الذي تحت ولايته صغيراً كان أو مجنوناً أو من في حكمهما، على الرغم من جوازه التنزيح بهذه الولاية عند الجمهور. وهذا الرأي استقر عليه فقهاء الحنفية، والشافعية، والحنابلة في رواية، والزيدية، والظاهرية.

### الحنفية:

قالوا: لا يصح الطلاق من الولي، ففي الصغير يُنتظر إلى بلوغه، وأما في المجنون ونحوه فإذا تضررت زوجته من معاشرته رفعت امرها إلى القاضي طالبة منه الفراق وللقاضي أن يطلق لدفع الضرر عنها<sup>(١)</sup>.

### الشافعية:

يتفقون مع الحنفية في أن من شروط صحة الطلاق أن يكون من الزوج أو وكيله، وفي أن زوجة المجنون، القاضي يفرق بينها وبينه إذا دعت ضرورة إلى ذلك بناء على طلب الزوجة. يقول الشيرازي: (ولا يجوز للأب أن يطلق امرأة الابن الصغير بعوض وبغير عوض... أما زوجة المجنون فإنها إن قدمت طلباً إلى القاضي تطلب فيه التفريق فللقاضي أن يفرق بينهما<sup>(٢)</sup>...).

وقال أيضاً: (إن وجدت المرأة زوجها مجنوناً ثبت لها الخيار، والخيار على الفور ولا يجوز الفسخ إلا عند الحاكم لأنه مختلف فيه)<sup>(٣)</sup>.

(١) ولا يحق للوصي ذلك أيضاً.

(٢) المبسوط للسرخسي ١٧٨/٦.

(٣) المذهب ٧١/٢.

(٤) المذهب ٤٨/٢.

### الحنابلة:

في رواية لهم لا يقع الطلاق الا من الزوج لقول النبي ﷺ: ((نما الطلاق لمن اخذ بالساق))<sup>(١)</sup>، ولانه اسقاط لحقه فلم يملكه كالابراء من الدين واسقاط القصاص، ولانه طريق الشهوة فلم يدخل في الولاية<sup>(٢)</sup>.

### الزيدية:

يتفق الزيدية مع رأي الجمهور في عدم صحة الطلاق بالولاية الخاصة. ففي التاج المذهب: (ولا من ولي الصبي والمجنون ولا من السيد في طلاق زوجة عبده بالولاية)<sup>(٣)</sup>. وفي البحر الزخار: (ولا يصح الطلاق من غير الزوج ولو أباً عن ابنه الصغير لقول النبي ﷺ ((الطلاق لمن اخذ بالساق))<sup>(٤)</sup>.

### الظاهرية:

فقهاء الظاهرية يقولون لا زواج للصبي حتى يكون له الطلاق. يقول ابن حزم: (ولا يجوز للأب ولا لغيره نكاح الصغير الذكر حتى يبلغ، فان فعل فهو مفسوخ أبداً. وأجازه قوم ولا حجة لهم الا قياسه على الصغيرة والقياس كله باطل)<sup>(٥)</sup>.

**الرأي الثاني:** هو القول بصحة طلاق الولي أباً كان أو جدًا وهو ما ذهب اليه المالكية وقول لفقهاء الحنابلة.

### المالكية:

قالوا: بصحة الطلاق من الولي اذا كان أباً بالاتفاق<sup>(٦)</sup> سواء كان مجانا أو مقابل عوض، والجد له حكم الاب عند عدمه ولكنهم لم يتفقوا على صحة طلاق الوصي.

(١) ابن ماجه: ٢٠٧٢.

(٢) المغني والشرح الكبير ٨٧/٧ وما بعدها. المحرر ٥٠/٢.

(٣) التاج المذهب ١١٨/٢.

(٤) البحر الزخار ٦٥/٣.

(٥) المحلى ٤٦٢/٩.

(٦) اي باتفاق فقهاءهم.

ففي المنتقى: (أمّا الصغير فيجوز أن يخالع عنه أب لا وصي، لأنه يملك الطلاق)<sup>(١)</sup>. وقال الخرشي: (وموجبه زوج مكلف ولو سفيها أو ولي صغير. وفي صحته من الوصي خلاف)<sup>(٢)</sup>.

والمشهور من مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك أنه ليس ذلك لأحد إلا للاب)<sup>(٣)</sup>.

### الحنابلة:

يفهم من أحد قولي الحنابلة أنّ للولي أن يطلق زوجة القاصر بصفر أو جنون أو عته إذا دعت الحاجة.

يقول ابن قدامة: (وهو قول عطاء وقتادة لأن ابن عمر طلق على ابن له معتوه. رواه الأمام أحمد. وعن عبدالله بن عمر: أن المعتوة إذا عبث بأهله طلق عليه وليه)<sup>(٤)</sup>.

**الرأي الثالث - التفصيل:** وهو ما ذهب اليه فقهاء الجعفرية فقالوا: يطلق الولي أبا كان أو جدا عن المجنون المطبق إذا دعت مصلحة الى ذلك واتصل جنونه بصغره. وإذا جن بعد البلوغ أو لم يوجد الولي فالحاكم هو الذي يتولى التطبيق وليس للولي ولا للحاكم التطبيق على الصبي والمجنون ذي الادوار، بل ينتظر في الصبي البلوغ وفي المجنون الافاقة.

وعملوا هذا التفريق بأن الصبي له امد يرتقب ويزول فيه نقصه، وكذلك المجنون ذو الادوار. كما استندوا الى ما نقلوه من الاحاديث منها: (الاحق الذاهب العقل يحوز طلاق وليه عنه). (والمعتوة يطلق عنه وليه). وقد أبقوا حكم الصبي على الاصل القائل (الطلاق لمن اخذ بالساق). هذا رأي اكثرهم. وقال جماعة منهم يجوز تطبيق الحاكم عن المجنون مطلقا دون تفريق بين المجنون المطبق والدوري. والمعتوه عندهم كالمجنون. وبالإضافة الى ذلك قالوا: لزوجة المجنون أن تفسخ زواجها بنفسها<sup>(٥)</sup>.

(١) المنتقى شرح الموطأ ٦٦/٤.

(٢) شرح الخرشي ١٧/٤.

(٣) المنتقى المرجع السابق.

(٤) المغني ٨٧/٧ وما بعدها.

(٥) شرائع الاسلام ٥٣/٢ . الكافي ١٢٥/٦ . الروضة البهية ١٤٨/٢ . مستدرک الوسائل ج ٢ الباب

## منشأ الخلاف:

منشأ خلاف الفقهاء في هذه القضية هو اختلافهم في شمولية الولاية الخاصة لما يدخل في نطاق الحقوق الشخصية المحضة من جهة، ومن جهة أخرى الاختلاف في مدى التمسك ببعض الآثار التي تحصر حق الطلاق في صلاحية الزوج أو وكيله. ثم الاختلاف في التفريق بين قاصر يتوقع زوال نقص أهليته وبين من لا يتوقع منه ذلك.

ففي نظر المالكية الولاية تشمل الشؤون المالية وغير المالية لوفرة شفعه الولي (الأب أو الجد) ولرعاية مصلحة القاصر. في حين ذهب الآخرون إلى أن رابطة الزوجية ذات طبيعة خاصة تأبى خضوعها لولاية الأب أو الجد. فإذا دعت ضرورة إلى فسخ هذه الرابطة يرفع الطلب من الزوجة إلى القضاء للنظر في أمرها.

## الترجيح:

أرى أن الراجح هو عدم إعطاء الولي سلطة التطليق. كما أدعو إلى الأخذ بمذهب الظاهرية في منع زواج الصغير، وبذلك لا تكون هناك مشكلة طلاقه، والعمل بقول ابن شبرمة ومن وافقه في عدم جواز زواج الصغير<sup>(١)</sup> لأن الحياة تعقدت ومتطلباتها تغيرت والنفوس تبدلت. أمّا بالنسبة إلى طلاق المجنون ومن في حكمه فإن القواعد العامة تقضي بان ممارسة هذا الحق تتعلق بأهلية المدعي دون المدعى عليه فإذا كانت زوجة المجنون أو المعتوه بالغة عاقلة ورفعت الدعوى على زوجها طالبة من القضاء التفريق للضرر فعلى القاضي أن يتولى التفريق نيابة عن الزوج لرفع الضرر حيث تعذر الإمساك بالمعروف.

## موقف القانون:

حدد المشرع العراقي في المادة السابعة أهلية الزواج باكمال الثامنة عشرة من العمر بالنسبة لكل من الزوجين حيث نصت الفقرة الأولى منها على أنه: (يشترط في تمام أهلية

(١) المحلى ٤٦٢/٩ وفيه: (قال ابن شبرمة: لا يجوز أنكاح الأب إبنته الصغيرة حتى تبلغ وتأذن. وان زواج الرسول ﷺ من عائشة وهي صغيرة كان من اختصاصه ولا يقاس عليه...).

الزواج العقل واكمال الثامنة عشرة<sup>(١)</sup>. واعتبر ذلك اصلاً ثم استثنى من هذا الاصل ما ورد في المادة الثامنة من أنه: (إذا طلب من اكمال الخامسة عشرة من العمر الزواج فللقاضي أن يأذن به اذا ثبت له أهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليه الشرعي).

وبناء على ذلك سوف لا يعرض على القضاء مشكلة طلاق الصبي والصبية. وفي المادة الثالثة والاربعين الفقرة السادسة اعطى المشرع العراقي الحق للزوجة أن تطلب التفريق القضائي بطلب تقدمه الى القاضي مع اثبات الجنون. وأقرت المادة (١٠٥) من القانون السوري حق طلب التفريق اذا جنّ الزوج بعد العقد. وحدّد القانون الجزائري في (٣م) أهلية زواج الرجل باكمال الثامنة عشرة وأهلية المرأة باكمال السادسة عشرة. واعطى للزوجة طلب التفريق للمضرر في (٤٥م).

ونص الفصل السادس من القانون المغربي على أنه: (يجب أن يكون كل من الزوجين عاقلًا بالغًا خلوًا من الموانع الشرعية). وافر الفصل الرابع والخمسون طلب التفريق القضائي للجنون.

ونص الفصل السادس من القانون المغربي على أنه: (يجب لأهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين وأن يتم الخاطب سنة السادسة عشرة وأن تتم المخطوبة الخامسة عشرة من العمر. وأعطت المادة (١١٥) الحق للزوجة في طلب التفريق من القاضي اذا ثبت أن الزوج مصاب بعملة غير قابلة للزوال).

(١) من قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.



## الفصل الرابع المطلقة ، وطلاق الحائض، والمفوضة

سبق ما يتعلق بالركن الأول (الصيغة) في الفصل الثاني من الاحكام، وما يتصل بالركن الثاني (المُطلق) في الفصل الثالث. ونتولى استعراض الاحكام الخاصة بالركن الثالث (المُطلقة) في هذا الفصل ونحاول الاقتصار على امور ثلاثة: محل الطلاق، وحكم طلاق الحائض، وحكم طلاق المفوضة، وذلك في المباحث الثلاثة التالية.

## المبحث الأول

### محل الطلاق

اتفق الفقهاء في هذا الموضوع على أمرين:

**الأول:** أن الزوجة القائمة زوجيتها الصحيحة حقيقة محل للطلاق ولو قبل الاقتران بها اذا لم تكن متلبسة بمانع من حيض أو نفاس.

**والثاني:** أن المرأة غير المرتبطة برجل بزواج صحيح حقيقة أو حكماً لا اعتداد بتطليقها طلاقاً منجزاً من قبل هذا الرجل قبل إنشاء علاقة الزوجية بينهما.

واختلفوا في أمور منها: تطليق الرجعية قبل رجعتها. ومنها: تطليق البائنة بينونة صغرى. ومنها: تعليق طلاق امرأة قبل الزواج منها بما يتحقق بعد الزواج. وسنعرض وجهة نظر الفقهاء فيما اختلفوا فيه ويتجلى في هذا الاستعراض مدى سلطة الزوج في التطليق بالنسبة الى محل الطلاق.

#### الحنفية:

قالوا: محل الطلاق هي الزوجة الحقيقية أو الحكيمة، وتدخل تحت الحكيمة المعتدة من الطلاق الرجعي، والبائن بينونة صغرى، والمعتدة لفرقة هي طلاق كالفرقة بالايلاء، والعنة، والمعتدة من فرقة بسبب ردة أحد الزوجين أو إباء الزوجة المشتركة الاسلام.

قال السرخسي<sup>(١)</sup> لو قال بعد الخلع أو التطليقة البائنة لها في عدتها: أنت طالق يقع الطلاق عليها عندنا، لقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِنَّ فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾. ثم قال بعده: (فان طَلَّقَهَا) وحرف الفاء للوصل والتعقيب فيكون هذا تنصيماً على وقوع الطلقة الثالثة بعد الخلع ولقول النبي ﷺ ((المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة))<sup>(٢)</sup>.

وفي تعليق الطلاق قبل الزواج فرقوا بين المضاف الى وقت يملك فيه الطلاق، كان يقول لإمرأة: أن تزوجتك فانت طالق، أو كل امرأة اتزوجها فهي طالق. وبين ما لم يضاف الى ذلك بان يقول لمن لا ترتبط به بعلاقة زوجية: إن ذهبت الى السينما - مثلاً - فانت طالق،

(١) راجع المبسوط للسرخسي ٨٢/٦.

(٢) رواه ابو سعيد الخدري وغيره، المرجع السابق ٨٤/٦.

ثم تزوج منها فذهبت الى السينما. فقالوا: يقع الطلاق الأول دون الثاني، لانه لم يقع الطلاق في نكاح، ولا أضافه اليه<sup>(١)</sup>.

وأرى أن هذا التفريق يتعارض مع أصلهم في التعليق بالشرط، من أنه اذا علّق الطلاق بالشرط صار عند وجود الشرط كالمتكلم بالطلاق في ذلك الوقت. فاذا وجد الشرط والمرأة تحت عصمته وقع الطلاق<sup>(٢)</sup>. ثم أن الفرق غير سديد، والأوجه عدم صحته مطلقاً، لعدم قيام الزوجية الصحيحة حقيقة أو حكماً وقت إنشاء الطلاق.

### للملكية:

عندهم أن المعتدة التي يلحقها الطلاق هي المعتدة من طلاق رجعي فقط، لانها في حكم الزوجة بخلاف غيرها.

جاء في المنتقى<sup>(٣)</sup>: (ولما كانت المختلعة لا يلحقها الطلاق في العدة لم يلحقها الطلاق الذي حال بينه وبين الطلاق الأول صمت). أمّا في التعليق قبل الزواج فهم كالحنفية في التفريق بين الطلاق المضاف الى الزواج وغير المضاف اليه، ففي الأول: (كان تزوجتك فانت طالق) يقع أن تزوجها، وفي الثاني (كان كلمت فلانا فانت طالق) لا تثير له اذا كلمته بعد الزواج. ويختلفون معهم في حال عدم تعيين المرأة، فقوله (كل امرأة اتزوجها طالق) لغو عندهم لما يترتب عليه من إلحاق الضرر بنفسه.

جاء في الموطأ<sup>(٤)</sup> عن مالك أنه بلغه أنّ عبد الله بن مسعود كان يقول فيمن قال: (كل امرأة أنكحها فهي طالق) أنه اذا لم يسم قبيلة أو امرأة بعينها فلا شيء عليه. قال مالك وهذا احسن ما سمعت). وعلق عليه المنتقى<sup>(٥)</sup> بانه مذهب مالك. وبه قال النخعي والشعبي والأوزاعي. لان مالكا يقول اذا سد على نفسه باب الاستمتاع لم يلزمه شيء والا لزمه ذلك. وفي رواية غير مشهورة عن مالك رواها ابن وهب<sup>(٦)</sup>: (انه أفتى رجلاً قال إن تزوجت فلانة فهي طالق أنه لا شيء عليه أن تزوجها).

(١) راجع الجوهرة ١١٠/٢.

(٢) راجع المرجع السابق.

(٣) المنتقى شرح الموطأ ٦٨/٤.

(٤) المرجع السابق ١١٥/٤.

(٥) المرجع السابق.

(٦) المرجع السابق.

وأرى أن هذه الرواية سديدة فيجب الأخذ بها لما قلنا من عدم قيام الزوجية الصحيحة حقيقة أو حكماً.

### الشافعية:

قالوا: لا يصح الطلاق قبل الزواج لا تنجيها كقوله لمن لم ترتبط به بعلاقة زواج أنت طالق، ولا تعليقاً كان تزوجتك فانت طالق، أو أن تزوجت فلانة أو كل امرأة اتزوجها فهي طالق، فإذا تزوجها لم يقع الطلاق لا في المعينة ولا في غيرها، وإذا حكم حاكم بوقوعه فللشافعي نقضه<sup>(١)</sup>.

وفي المعتدة التي يلحقها الطلاق أخذوا بما ذهب إليه المالكية من أنها هي المعتدة في طلاق رجعي، فمحل الطلاق عندهم هي الزوجة الحقيقية أو الحكيمة التي تتمثل في المطلقة رجعياً فقط. ولا يلحق الطلاق غيرها<sup>(٢)</sup>.

غير أن للشافعي في خلع الرجعية قولين<sup>(٣)</sup>: قال في الأم يجوز لبقاء النكاح. وقال في الإملاء لا يجوز، لأن الخلع للتحريم وهي محرمة.

### الحنابلة:

ذهبوا إلى ما أخذ به المالكية، والشافعية من أن محل الطلاق هي الزوجة الحقيقية أو المعتدة في طلاق رجعي، جاء في المغني<sup>(٤)</sup> والرجعية زوجة يلحقها طلاقه. وهم يتفقون مع الشافعية في أن الزوج لا يملك الطلاق قبل الزواج ولو تعليقاً. جاء في منتهى الإرادات<sup>(٥)</sup>: (ولا يصح إلا من زوج فان تزوجت - أو عين - فهي طالق، لم يقع بتزويجها، وإن قُمتِ فانت طالق وهي أجنبية<sup>(٦)</sup> فتزوجها ثم قامت لم يقع).

(١) راجع حاشية البيجوري ١٥٣/٢. المذهب ٧٧/٢.

(٢) راجع المذهب ١٠٢/٢.

(٣) راجع نهاية المحتاج ٤٣٩/٦ وما بعدها.

(٤) المغني والشرح الكبير ٤٧٧/٨.

(٥) منتهى الإرادات ٢/٢٨٠، ٣١٢.

(٦) المقصود بها من لم تربط بالمطلق بعلاقة زوجية.

### الجعفرية<sup>(١)</sup>:

لا تكون المرأة عللاً للطلاق عندهم إلا إذا توافرت فيها شروط خمسة وهي:

١- أن تكون زوجة، فلا يصح لو قال إن تزوجت فلانة فهي طالق. والرجعية لا يلحقها طلاق عندهم، لأن من شروط صحة الطلاق بعد الطلاق تخلل الرجعة بين الطلقتين. فإذا أراد تطليق المطلقة رجعيًا فيجب عليه أن يراجعها ثم يطلقها مع مراعاة الشروط الأخرى.

٢- أن يكون العقد دائمًا فلا يقع طلاق المتمتع بها.

٣- أن تكون طاهرة من الحيض والنفاس ويعتبر هذا في المدخول بها الحائل الحاضر زوجها.

٤- أن تكون مستبرئة، فلو طلقها في طهر واقعها فيه لم يقع طلاقه ويسقط اعتبار ذلك في اليانسة، وفيمن لم تبلغ الحيض وفي الحامل. والمستبرأة يشترط أن يمضي عليها ثلاثة أشهر، فلو طلقها قبل هذه المدة لم يقع طلاقها.

٥- تعيين المطلقة على الأقوى بأن يقول فلانة طالق أو يشير إليها بما يرفع الاحتمال. فلو كان له واحدة فقال زوجتي طالق صح، ولا يصح أن كان له زوجتان إلا أن ينوي معينة ويقبل تفسيره.

فبهذه الشروط يكون نطاق حرية إرادة الزوج في التطليق أضيق مما ذهب إليه بقية الفقهاء..

### الزيدية:

وأخذ جمهور الزيدية بما ذهب إليه الجعفرية في عدم تطليق الرجعية إلا بعد رجعتها. جاء في التاج المذهب<sup>(٢)</sup> (لو طلقها أكثر من واحدة فإنها لا تقع الثانية تبعاً للأولى من دون تخلل رجعة بينهما. أو عقد) وبما ذهب إليه الجمهور من عدم صحة التطليق قبل الزواج. جاء في التاج المذهب<sup>(٣)</sup>: (ولو أضافه إلى ما بعد التزويج بشرط كان يقول: إذا دخلت الدار فإنه لا يقع إذ هو لا يملك الطلاق وقت تعليقه بالشرط، وكذا ولو أضاف الطلاق إلى حين الزوجية كأن يقول لأجنبية: متى تزوجتك فانت طالق ثم يتزوجها فإنها لا تطلق).

(١) راجع شرائع الإسلام ٥٤/٢. مستدرک الوسائل ٥/٣. الروضة البهية ١٤٩/٢. الخلاف للطوسي

٢١٧-٢١٦/٢ المختصر النافع ص ٢٢١.

(٢) التاج المذهب ١٩٩/٢، البحر الزخار ١٦٨/٣.

(٣) المرجع السابق ١١٨/٢.

ولم أجد مرجعا في الفقه الزيدي لما حكاه استاذنا الشيخ علي الخفيف في كتابه فرق الزواج<sup>(١)</sup> من أن الزيدية كالمالكية والحنفية ذهبوا الى جواز تعليق طلاق الاجنبية على تزوجها، فمن قال لزوجته أن تزوجتك فانت طالق ثم تزوجها وقع هذا الطلاق بتزوجها.

### الظاهرية:

يتفق رأيهم مع ما ذهب اليه الجمهور من عدم جواز التطليق قبل الزواج تنجيذا أو تعليقا لقوله تعالى ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ﴾ فهذا النص دليل على أن الطلاق وقت الانشاء يجب أن يكون مسبقا بالنكاح. ولقول علي بن ابي طالب عليه السلام وابن عباس (( لا طلاق الا من بعد النكاح ))<sup>(٢)</sup>. وكذلك لا يجوز الطلاق في الحيض ولا في طهر مسها فيه<sup>(٣)</sup>.

وقالوا أن محل الطلاق هي الزوجة القائمة زوجيتها حقيقة أو حكما وفي طهر لم يمسا فيه.

### الترجيح:

أرى أن الرأي السديد هو ما ذهب اليه الجمهور من عدم صحة التطليق قبل الزواج، لظاهر النصوص في أن الطلاق يجب أن يكون مسبقا بالزواج حين انشاء صيفته كنص ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ﴾.

ولأن الطلاق شرع للحاجة والضرورة فاعتبره الشارع دواء لداء نفذت طرق علاجه الأخرى. وكل ذلك مفقود قبل الزواج. فارادة الزوج مقيدة بأن لا يطلق الا بعد الزواج. وأما بالنسبة للزوجة الحكمية فالافقه هو ما ذهب اليه الجعفرية والزيدية من أن الطلاق لا يتبع الطلاق ما لم تخل الرجعة بين الطلقتين لظاهر قوله تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾.

فان هذا النص ظاهر في أن كل مرة يجب أن تكون مستعقبة لأحد الأمرين: الامساك بالمعروف (ارجاعها) أو التسريح بالاحسان (وهو التطليق للمرة الثالثة).

(١) فرق الزواج ص ٩٠.

(٢) المحلى ١٠ / ٢٠٥ وفيه (من قال أن تزوجت فلانة فهي طالق أو قال فهي طالق ثلاثا فكل ذلك باطل وله أن يتزوجها ولا تكون طالقا. وكذلك لو قال : كل امرأة اتزوجها فهي طالق . وسواء عين مدة قريبة أو بعيدة أو قبيلة أو بلدة كل ذلك باطل لايلزم ) .

(٣) المحلى ١٠ / ١٦١ وفيه (لا يحل لرجل أن يطلق امراته في حيضتها ولا في طهر جامعها فيه ولم ينفذ الطلاق إذا فعل ذلك).

فالنزوح إذا طلق زوجته مرة طلاقاً رجعياً يفقد سلطة التطليق عليها حتى يعيدها إليه بـرجعة أو عقد جديد. ولقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾، لان (لام) لعدتهن للتوقيت، أي في وقت تبدأ العدة مباشرة. والمطلقة في العدة، وبدء العدة في العدة تحصيل الحاصل، كتطليق المطلقة وهو باطل باتفاق العقلاء.

## المبحث الثاني

### طلاق الحائض

اتفق الفقهاء على أن هذا الضرب من الطلاق دون مبرر بدعة، وحرام إذا كانت الزوجة مدخولا بها لظاهر آية: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾، ولحديث ابن عمر (مره فليراجعها) ولأسباب أخرى يأتي ذكرها.

غير أنهم اختلفوا في علة تحريم هذا الطلاق، وفي الآثار التي تترتب عليه، فالعلة في نظر أكثر فقهاء المالكية، والشافعية، والحنابلة، هي تطويل العدة.

وفي رأي الحنفية، وأبي الخطاب من أصحاب أحمد هي مصادقة الطلاق لحال الفتور والزهد في الوقاع معها، فيجب أن لا تطلق الا في حال رغبة في ذلك. بينما يرى الآخرون أن التحريم تعبدى<sup>(١)</sup>، وهذا غير مسلم، لانه لو كان المنع في الحيض امرا تعبديا لما جاز طلاق الحائض غير المدخول بها أيضا.

والراجع هو القول بان حكمة التحريم هو حرص الشارع على أن لا يكون الطلاق في حال النفرة والكراهة، لان ظروف الحيض والنفاس من العوامل المساعدة على التطليق عند حدوث الشقاق بين الزوجين.

وفي حكم الحائض النفساء: فطلاقها بدعة كطلاق الحائض، لان المرأة لها حالتان لا ثالث لهما الطهر والحيض. والنفاس ليس طهرا ولا حملا، فيكون داخلا في حكم الحائض، ولان الرسول ﷺ سمى الحيض نفاساً<sup>(٢)</sup> عندما قال لكل من عائشة وام سلمة وهما في الحيض أنفست؟ قالت نعم. وكذلك يحرم طلاق الحامل في طهر مسها فيه إذا لم تكن صغيرة ولا يائسة، لان الاقتران في هذه الحالة مظنة لتكوين الحمل، الأمر الذي كثيرا ما يؤدي الى ندامة قد لا تتدارك، بالاضافة الى تطويل العدة.

(١) راجع مجموع الفتاوى لابن تيمية ٧/٢٣.

(٢) راجع المحلى لابن حزم ١٧٦/١٠ وما بعدها.



ويتضح مما ذكر أن الزوج ليس له حرية الإرادة في تطليق زوجته الحائض ومن في حكمها، بل قيّدت إرادته بأن يطلق في الوقت الذي حدده الشارع بقوله: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾.

ولكن إذا خالف الزوج هذا القيد وطلق زوجته في غير الوقت المحدد، فماذا يترتب عليه؟ اختلفت وجهة نظر الفقهاء فيه على ثلاثة آراء: ففي رأي يقع الطلاق ويستحب إرجاعها. وفي رأي آخر يقع والزوج آثم فيُجبر على الإرجاع. وفي رأي ثالث لا يقع لانه بدعة وكل بدعة مردودة.

ونحاول إيضاحها في الفروع الثلاثة التالية:

## الفرع الأول يقع الطلاق وتستحب الرجعة

ذهب الى هذا الرأي بعض الحنفية، والشافعية. والحنابلة في رواية وجمهور الزيدية.

### الحنفية:

جاء في فتح القدير<sup>(١)</sup>: (وإذا طلق الرجل امراته في حال الحيض وقع الطلاق لان النهي عنه لمعنى في غيره ويستحب له أن يراجعها لقوله ﷺ لعمر مر ابنك فليراجعها. وقد طلقها في حالة الحيض).

### الشافعية:

جاء في نهاية المحتاج<sup>(٢)</sup>: (ولم تجب الرجعة لأن الأمر بالأمر بشيء ليس أمراً بذلك الشيء.. وليس في قول النبي ﷺ فليراجعها امر لابن عمر لانه تفريع على امر عمر). ويرد هذا القول بأن فعل النائب كفعل المنوب، فصار كأن النبي ﷺ أمره بذلك، فثبت الوجوب، ثم يجوز أن يقال (فليراجعها) أمر لابن عمر فتجب عليه المراجعة.

(١) فتح القدير ٣/٣٣٢.

(٢) نهاية المحتاج ٥/٦.

### الحنابلة:

جاء فى الانصاف<sup>(١)</sup>: (وتستحب رجعتها، وهذا الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب). وجاء فى المغنى<sup>(٢)</sup> وتستحب أن يراجعها لأمر النبى ﷺ بمراجعتها، وأقل أحوال الأمر الاستحباب. ويناقش: بأن الحنابلة فى كثير من فروعهم يقولون أن الأمر للوجوب وقد قال أحمد وهو يناقش راي مالك فى المتعة ولنا قوله تعالى (ومتّعوهن) والأمر يقتضى الوجوب. فلماذا اعتبروا الأمر هنا للوجوب وهناك للإستحباب؟

## الفرع الثانى

### يقع الطلاق ويُجبر الزوج على الرجعة

هذا الراى قال به المالكية، وبعض الحنفية، والحنابلة فى رواية، ودأود من الظاهرية.

### لمالكية:

قالوا: يقع الطلاق ويحبر الحاكم على الإرجاع فان أبى يرتجعه هو نيابة عنه أثناء العدة. جاء فى المدونة<sup>(٣)</sup>: (ان قال الرجل وهى حائض أنت طالق اذا طهرت، أنها طالق فى مكانها ويحبر الزوج على رجعتها إلا أن تكون غير مدخول بها) وقال الخرشي<sup>(٤)</sup>: (إذا طلقها اختياراً فى حال حيضها أو نفاسها يأمره الحاكم بأن يراجعها، فان أبى يهدد بالسجن، فان لم يفعل هُد بالضرب، فان لم يفعل ضرب، فان تمادى الزمه الرجعة ويرتجعه لها، بان يقول: ارتفعت لك زوجتك وجاز الوطء بارتجاع الحاكم والتوارث، وان كان بلا نية من الزوج لان نية الحاكم قامت مقام نيته).

(١) الانصاف ٤٥٠/٨.

(٢) المغنى والشرح الكبير ٢٣٩/٨.

(٣) المدونة الكبرى ١٠٤/٥.

(٤) راجع شرح الخرشي ٢٩/٤.

### الحنفية:

جاء في الهداية<sup>(١)</sup> (الاستحباب قول بعض مشايخنا والأصح أنه واجب عملاً بحقيقة الأمر) وجاء نظير ذلك في الجوهرة<sup>(٢)</sup>.

### الحنابلة:

لهم رواية الوجوب، ورواية الإيجاب كما لهم رواية الاستحباب<sup>(٣)</sup>.

### الظاهرية:

انفرد داود من الظاهرية بالقول بوقوع طلاق الحائض مع الاجبار على الرجاء، جاء في نيل الأوطار<sup>(٤)</sup> وقال داود يجب إذا طلقها حائضاً (أما غيره من الظاهرية فقد قالوا بعدم وقوع طلاق الحائض ونحوه كما يأتي في الفرع التالي:

## الفرع الثالث

### لا يقع طلاق الحائض ومن في حكمها

وهو رأي الجعفرية والظاهرية - عدا داود - وذهب اليه صاحب الروضة الندية والباقر والصادق والناصر من الزيدية وابن عقيل وابن تيمية وابن القيم وبعض الآخرين من السلف والخلف.

### الجعفرية:

قالوا<sup>(٥)</sup>: يعتبر في الزوجة المطلقة المدخول بها الطهارة من دم حيض والنفاس إذا كانت حائلاً وزوجها معها حاضر، وأن يطلقها في طهر لم يجمعها فيه بالإجماع ويسقط اعتبار هذه

(١) الهداية مع فتح القدير ٣٣/٢. وما بعدها.

(٢) الجوهرة ٣٤/٢.

(٣) راجع الانصاف ٤٥٠/٨. المحرر ٥١/٢. المفني ٢٣٩/٨.

(٤) نيل الأوطار ٢٢١/٦.

(٥) راجع رياض المسائل في بيان الأحكام بالادلة كتاب الطلاق. مستدرك الوسائل ٦/٣. الروضة البهية ١٤٩/٢. وما بعدها. شرائع الإسلام ٥٤/٢. ايضاح الفوائد ٣٠٣/٣.

الشروط بالنسبة للمصغرة التي لم تبلغ تسعا، واليائسة التي قعدت عن الحيض، والحامل المستبين حملها، والتي طلقها زوجها وهو غائب عنها مدة يعلم أنتقالها فيها من طهر الى آخر بحسب عاداتها. والمستربة بالحمل وهي في سن الحيض وتأخر حيضها بعارض كالمرض والرضاع، أو لم يعرف له سبب، ينتظر ثلاثة أشهر من الواقعة ثم يطلقها. ولا يقع طلاقها قبلها بالاجماع والأحاديث الصحيحة، والنصوص المستفيضة، والأصل القائل بان النكاح ثابت يقينا فلا يرفعه الا اليقين.

### الظاهرية:

عندهم<sup>(١)</sup>: من أراد طلاق زوجته التي دخل بها لم يحل له أن يطلقها في حيضها ولا في طهر مسها فيه، فان طلقها طليقة أو طلقتين في طهر وطنها أو في حيضها، لم ينفذ ذلك الطلاق وهي امراته كما كانت، الا اذا كان الطلاق بائنا بينونة كبرى، فعندئذ يقع ويلزم. وهم يختلفون عن الجعفرية في الطلاق الثالث الذي تنقطع به علاقة الزوجية. وجه التفريق، قالوا: انما ورد في آية الأمر بالطلاق وقت العدة قوله تعالى ﴿لَا تَذَرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثْ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ يدل على أن التوقيت خاص بالطلاق فيما دون الثلاث ولزوجة تكون مدخولا بها. وقال ابن حزم: وطلاق النفساء كطلاق الحائض في هذا الحكم. ونستنتج مما ذكر أن الزوج اذا طلق زوجته وهي حائض أو في حكمها الطليقة الأولى أو الثانية، لا يقع الطلاق بخلاف الطليقة الثالثة أو الجمع بين الثلاث دفعة واحدة، على رأيهم القائل بوقوع الثلاث معا.

ويبدو أن الظاهرية لم يلاحظوا علة النهي عن طلاق الحائض ومن في حكمها والا فهي جارية في حال الطلاق الذي تحصل به البينونة الكبرى.

### الزيدية:

قال صاحب الروضة الندية<sup>(٢)</sup> (والراجع عدم وقوع البدعي لقوله تعالى ﴿فَطَلَّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾<sup>(٣)</sup>). ولحديث ابن عمر وغيره.

(١) راجع المحلى ١/١٦١. وما بعدها. قال ابن حزم: (والعجب من جرأة من ادعى الاجماع على خلاف هذا وهو لا يجد فيما يوافقه قوله في امضاء الطلاق في الحيض أو في طهر جامعا فيه كلمة عن أحد من الصحابة غير رواية عن ابن عمر عارضها ما هو أحسن منها عن ابن عمر).  
(٢) الروضة الندية ٢/٤٨. وما بعدها.  
(٣)

ولان الاتفاق كائن على أن الطلاق المخالف لطلاق السنة يقال له طلاق بدعة، وقد ثبت عن النبي ﷺ ((ان كل بدعة ضلالة))،<sup>(٢)</sup> ((مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ))<sup>(٣)</sup>. وجاء في البحر الزخار<sup>(٤)</sup> هو طلاق محرم يأثم فاعله وان وقع، وقال الصادق والناصر والباقر وابن عليّة هشام بن الحكم والأمامية وابو عبيد وبعض الظاهرية: لا يقع لقول النبي ﷺ ((كل بدعة ضلالة)) ولقوله ﷺ ((البدعة شرك الشرك)) فحكم ببطلانه. لكن جاء في التاج المذهب<sup>(٥)</sup>: (والطلاق البدعي يقع عندنا).

### الحنابلة:

جاء في الفروع<sup>(٦)</sup> (وقد منع ابن عقيل في الواضح من وقوعه في الحيض قال لان النهي يقتضي الفساد).

وقال ابن تيمية<sup>(٧)</sup>: (لا ريب أن الأصل بقاء النكاح، ولا يقوم دليل شرعي على زواله في الطلاق المحرم، بل النصوص والأصول تقتضي خلاف ذلك) وقال وهو: (حرام بالكتاب والسنة والاجماع). واختار ابن القيم عدم وقوع طلاق الحائض وناقش هذه المسألة مناقشة مفصلة دقيقة في كتابه (زاد المعاد)<sup>(٨)</sup>.

ويؤخذ مما ذكرنا ومن غيره أن أهم ادلة من قال بوقوع طلاق الحائض هي:

١- عموم آيات أحكام الطلاق في القرآن مثل ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ... الآية﴾. ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾، وغيرها، حيث لم يميز فيها

(١) يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا (الطلاق: ١).

(٢) مسلم: ١٤٣٥

(٣) مسلم: ٣٢٤٣

(٤) البحر الزخار ١٥٣/٣. وما بعدها.

(٥) التاج المذهب ١٢٧/٢.

(٦) راجع الانصاف ٤٤٨/٨.

(٧) راجع مجموع فتاوى لابن تيمية ٧/٣٣ وما بعدها.

(٨) راجع زاد المعاد ٤٣/٤ وما بعدها.

حال الحيض من غيرها. فهذا العموم أو الإطلاق دليل على صحة طلاق الحائض ومن في حكمها.

٢- الأمر في قوله تعالى ﴿فَطَلَّوْهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ للندب، بدليل حديث ابن عمر (مره فليراجعها)، فلو كان الأمر بطلاقهن لعدتهن للوجوب، لما وقع، لكنه وقع لأن الرجعة لا تكون إلا بعد الوقوع، فلم يكن للوجوب.

٣- كان عثمان بن عفان وزيد بن ثابت يُفتيان بوقوع الطلاق في الحيض أو في طهر مسها فيه، وذلك من المجالات التي لا اجتهد فيها، وافتاؤهما بذلك له حكم المرفوع لرسول ﷺ إذ لا مجال للرأي فيه فكان حجة على الوقوع.

٤- الإجماع: قالوا: أجمع المسلمون على وقوع طلاق الحائض، والقول بخلاف ذلك باطل، لأنه مخالف للإجماع السكوتي.

٥- النهي إذا لم يكن لذات الشيء لا يستلزم الفساد، وهنا جاء لمعنى في غيره وهو تطويل العدة أو مصادفة الطلاق لوقت الفتور والزهد في الوقوع أو غير ذلك.

٦- القياس: قالوا: إن تحريره لا يمنع ترتب أثره عليه كالظهار.

### مناقشة هذه الأدلة:

١- أن الآيات المطلقة الواردة لبيان أحكام الطلاق مقيدة بآية: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّوْهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ إذ من القواعد الأصولية المعروفة<sup>(١)</sup>: أن حكم المطلق والمقيد إذا كان واحدا وكذا سببه يعمل المطلق على المقيد، ونظير ذلك كثير في القرآن الكريم. قال تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ﴾ وقال - ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوْحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا﴾ فورد الدم في الآية الأولى مطلقا وفي الآية الثانية مقيدا، فعُمل المطلق على المقيد، فكذلك الأمر هنا يعمل المطلق في سائر الآيات على المقيد في آية ﴿فَطَلَّوْهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ لأن حكم المطلق والمقيد واحد وكذا سببهما.

٢- منع دليل استثناء نقيض التالي في القياس المذكور فلا ينتج نقيض المقدم دليل المنع هو أن المراجعة يجوز أن يكون المراد بها المعنى اللغوي، لأن استعمالها في مراجعة المطلقة الرجعية إنما هو اصطلاح مستحدث بعد عصر النبوة ولم تستعمل بهذا المعنى

(١) راجع جمع الجوامع للسبكي ٣٣/٢ الوجيز في أصول الفقه الدكتور عبد الكريم زيدان ص ٢٩٦.

اصلاً، بل المستعمل هو الرد والامساك، كما في قوله تعالى ﴿وَيُعَوِّلُهَا أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ ﴿فَإِمْسَاكِ بِمَعْرِفَةٍ﴾ ﴿وَلَا تُنْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً﴾ والمراجعة كانت تستعمل في العودة بعقد جديد، بدليل قوله تعالى ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا﴾.

٣- أن الاستدلال بفتيا عثمان بن عفان وزيد بن ثابت غير قائم، إذ ليس رأي الصحابي حجة إذا خالف رواية صحيحة، على أن في سند الرواية كما يقول ابن القيم<sup>(١)</sup> كذا با عن مجهول، فقد رواها اسماعيل بن سمعان عن رجل مرفوعة الى عثمان. وقال ابن حزم: روايته ساقطة.

٤- لا يصح ادعاء الإجماع في هذه المسألة، لان الخلاف فيها لم يزل ثابتاً بين السلف والخلف. قال الإمام احمد: من ادعى الإجماع فهو كاذب وما يدره لعل الناس اختلفوا، كيف لا والخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة مسلم الشبوت من المتقدمين والمتأخرين. وقال ابن حزم: (ادعى بعض القائلين بهذا أنه إجماع وقد كذب مدعي ذلك)<sup>(٢)</sup>.

٥- القول بان النهي إذا لم يكن لذات الشيء لا يقتضي الفساد لا يصح الاحتجاج به، لانه من الاصول المختلف فيها، فلا يقوم حجة على من يرى خلاف ذلك، والأمام مالك قال ببطان البيع وقت النداء يوم الجمعة مع أن النهي ليس لذات البيع.

٦- القياس على الظهار يعارض بمثله معارضة القلب، فيقال تحريره يمنع ترتب أثره عليه كالنكاح، على أنه قياس مع الفارق، لانه ليس للظهار جهتان جهة حل وجهة حرمة بخلاف الطلاق<sup>(٣)</sup>.

## أهم أدلة من قال بعدم وقوع طلاق الحائض:

١- القرآن الكريم: قال تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ فقلوه (فطلقوهن) أمر وكل أمر ظاهر في الوجوب، والأمر بالشيء نهى عن ضده، فكانه قال لا تطلقوهن لغير عدتهن. والنهي عن تصرف يقتضي فساد، وبذلك يكون

(١) راجع زاد المعاد ٤/٤٤. وما بعدها. المحلى ١٠/١٦٣.

(٢) المرجع السابق.

(٣) راجع المرجع السابق. فرق الزواج للشيخ علي الخفيف نظام الطلاق في الاسلام احمد محمد شاكر ص ٢٩ وما بعدها.

الشارع قد حجر على الزوج أن يطلق في الحيض أو في النفاس أو في طهر مسها فيه، فكما أن حجر القاضي على شخص يوجب أن لا يمتلك مباشرة ما منع منه، فكذلك الامر هنا، بل من باب أولى.

وقوله (لعدتهن) دليل على أن المطلقة مدخول بها والا فغير المدخول بها لا عدة لها.

٢- حديث ابن عمر لما طلق زوجته وهي حائض:

أ - في رواية أبي الزبير قال ابن عمر فردها علي رسول الله ﷺ ولم يرها شيئاً<sup>(١)</sup>.

ب - وفي رواية أخرى من طريق ابن لهيعة قال ﷺ ليراجعها فانها امرأته.

ج - ومن طريق عبد الله بن مالك قال ﷺ ليس ذلك بشيء.

د - ومن طريق محمد بن بشار عن ابن عمر عن نافع أنه قال في الرجل يطلق امرأته وهي حائض: لا يعتد بذلك.

### وجه الاستدلال:

(ان قوله ﷺ: (ليراجعها فانها امرأته) (ليس ذلك بشيء)، (ولم يرها شيئاً)، (لا يعتد بذلك) كل ذلك صريح في عدم وقوع الطلاق في الحيض .

٣- أجمع الفقهاء على أن هذا النوع من الطلاق بدعة وقد قال النبي ﷺ: (كل بدعة ضلالة). (وكل أمر ليس عليه أمرنا فهو رد) وفي إيقاعه تجويز للبدعة وإقرار لها، والمردود لا إعتبار له حتى يترتب عليه أثره الشرعي.

(١) مسلم: ٢٦٨٨. أَخْبَرَنِي أَبُو الزُّبَيْرِ أَنَّهُ سَمِعَ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ أَيْمَنَ مَوْلَى عُرَّةَ يَسْأَلُ ابْنَ عُمَرَ وَأَبَا الزُّبَيْرِ يَسْمَعُ ذَلِكَ كَيْفَ تَرَى فِي رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ حَائِضًا فَقَالَ طَلَّقَ ابْنُ عُمَرَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَسَأَلَ عُمَرُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ أَنْ عَبْدَ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِيرَاجِعَهَا فَرَدَّهَا وَقَالَ إِذَا طَهَرَتْ فَلْيُطَلِّقْ أَوْ لِيُمْسِكْ قَالَ ابْنُ عُمَرَ وَقَرَأَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ فِي قُبُلِ عَدَّتِهِنَّ وَحَدَّثَنِي هَارُونُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ حَدَّثَنَا أَبُو عَاصِمٍ عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ عَنْ ابْنِ عُمَرَ نَحْوَ هَذِهِ الْقِصَّةِ وَحَدَّثَنِي مُحَمَّدُ بْنُ رَافِعٍ حَدَّثَنَا عَبْدُ الرَّزَّاقِ أَخْبَرَنَا ابْنُ جُرَيْجٍ أَخْبَرَنِي أَبُو الزُّبَيْرِ أَنَّهُ سَمِعَ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ أَيْمَنَ مَوْلَى عُرَّةَ يَسْأَلُ ابْنَ عُمَرَ وَأَبَا الزُّبَيْرِ يَسْمَعُ بِمِثْلِ حَدِيثِ حَجَّاجٍ وَفِيهِ بَعْضُ الزِّيَادَةِ قَالَ مُسْلِمٌ أَخْطَأَ حَيْثُ قَالَ عُرَّةُ أَمَّا هُوَ مَوْلَى عُرَّةَ



- ٤- الزواج عقد ملزم للجانبين وانفراد الزوج بانتهائه رخصة واستثناء من القاعدة العامة من (ان كل عقد ملزم للجانبين لا تنفرد ارادة احدهما بفسخه) ولا يجوز له استعمال هذه الرخصة الا في حدود ما اذن له فيه، فاذا تجاوز يكون عمله باطلا.
- ٥- لو كان واقعا لكان الامر بالمراجعة ثم التطليق بعدها اكثارا من الطلاق البغيض وتطويلا على الزوجة في عدتها وكان مضرا لها، في حين أن النهي عن الطلاق في الحيض جاء لمصلحتها.
- ٦- أن وهيفة المطلق مباشرة الأسباب على الوجه المشروع، فاذا لم يباشر سببا مشروعاً معتدا به، فلا يرتب عليه الشارع اثره الشرعي.
- ٧- الزواج ثابت يقيناً واليقين لا يرتفع الا باليقين، وما استدل به الجمهور من الآثار لا تفيد اليقين، بالاضافة الى معارضتها لظاهر القرآن .

#### مناقشة هذه الأدلة:

- ١- الامر في قوله تعالى ﴿فَطَلَّوْهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ ليس نصاً في الوجوب بل ظاهر فيه، فلا يكون حجة قطعية على المخالف.
- ٢- روايات حديث ابن عمر اضافة الى أنها من الآحاد، فانها تعارضها روايات أخرى تؤيد رأي المخالف، كرواية يونس بن جبير أنه سأل ابن عمر كم طلقت امرأتك؟ فقال واحدة؟ وكرواية أن كنت طلقت ثلاثاً فقد حرمت عليك حتى تنكح زوجاً غيره، فلم يبق الا الاحتمال، واذا ثبت الاحتمال سقط الاستدلال.
- ٣- ليس كل بدعة ضلالة، لان لها أقساماً كثيرة، فهي قد تكون حقيقية وهي ما كان الابتداع فيها من جميع وجوهها، فهي بدعة محضة لم يدل عليها دليل شرعي كالرهبنة وترك الزواج مع وجود الداعية وفقد المانع الشرعي. وقد تكون اضافية فهي التي تكون بالنسبة لاحدى الجهتين سنة وبالنسبة الى الاخرى بدعة، كتخصيص يوم لم يخصه الشارع بصوم. فالصوم في ذاته مشروع وتخصيصه بيوم بدعة. وتكون كلية بان يكون ضررها كلياً، وجزئية اذا كان ضررها جزئياً كبدعة التغني ب القرآن ، وتكون عبادية وعادية. وهناك أنواع أخرى من البدع لا مجال لذكرها فمنها باطلة ومنها صحيحة<sup>(١)</sup>.

(١) راجع الابداع في مضار الابتداع ص ٤٥ وما بعدها.

- ٤- والتوقيت في الطلاق ليس حدا قطعيا حتى يكون تجارزه مبطلا.
- ٥- القول بان حكمة التحريم تطويل العدة ليس أمرا متفقا عليه، بل قد يجوز أن يكون لاسباب اخرى كالفطور والزهد في الوقاع....
- ٦- للمخالف أن لا يسلم عدم مشروعية السبب، وعلى تقدير التسليم فان عدم ترتب الآثار على الأسباب غير المشروعة ليس أمرا كليا.
- ٧- القول بان اليقين لا يرتفع الا باليقين مسلّم، لكن عدم كون طلاق الحيض مشمولا بهذه القاعدة ممنوع، لان كل ما هناك هو أنّ السبب رافقه إثم والإثم لا يسلب عنه صفة اليقين.

#### الترجيح:

أرى أن القول الراجح الذي يجب الاخذ به وتعطى له صفة الالتزام في قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية والاسلامية، هو ما ذهب اليه المالكية من أن طلاق الحائض يقع ولكن يحبر الزوج على ارجاع زوجته، فان أبى ذلك يرتفعها القاضي أو من يمثله من فقهاء الدين في المناطق النائية من القرى والارياف، لان في الاخذ بمذهب مالك جمعا بين الادلة ورفعا لتعارضها.

## المبحث الثالث

### المفوضة بتطبيق نفسها

سبق أن بينا أن الطلاق حق طبيعي للزوج، فأقره الإسلام ثم أعطى للزوجة حق المطالبة بالطلاق أمام القضاء، إذا قام لديها ما يبرر ذلك من دواعي التفريق القضائي، فبالإضافة إلى ذلك فإن جمهور فقهاء المسلمين ذهبوا إلى أن للزوجة سلطة تطبيق نفسها مباشرة دون اللجوء إلى القضاء، إذا حولها زوجها بذلك. غير أنهم اختلفوا في تكييف هذا التحويل، هل هو تمليك أو توكيل أو تحيير أو مجموع ذلك؟

#### الحنفية:

قالوا: للزوج أن يفوض زوجته بالطلاق أثناء العقد أو بعد قيام حال الزوجية. فللزوجة أن تشترط على زوجها أثناء إنشاء العقد<sup>(١)</sup> أن يكون الطلاق بيدها، وذلك إذا كان الإيجاب من الزوجة، والا يكون التفويض قبل انعقاد الزواج فيبطل. فإن ابتدأت المرأة فقالت زوجت نفسي منك على أني طالق أو على أن يكون الأمر بيدي كلما شئت، فقال الزوج قبلت، جاز النكاح والطلاق ويكون الأمر بيدها، لأن البداية إذا كانت من الزوج كان الطلاق والتفويض قبل النكاح فلا يصح. والتفويض عندهم من قبيل التمليك<sup>(٢)</sup>. وهم عللوا ذلك بوجود ثلاثة وهي:

- ١- أن المتصرف في ملك هو الذي يتصرف برأيه وتديره واختياره، والمرأة المفوضة لها هذه الصفة، فكان التفويض إليها تمليكا بخلاف تفويض غيرها.
- ٢- قول الزوج لزوجته طلقي نفسك لا يكون توكيلا، لأن الإنسان لا يصلح أن يكون وكيلا في حق نفسه، فلم يمكن أن تجعل وكيلة في حق تطبيق نفسها، لكن يمكن أن

(١) في الجاهلية كان للمرأة حق الطلاق إذا اشترطت ذلك لنفسها في عقد زواجها وغالبا كان هذا الشرط لزوجات ذات مكانة اجتماعية عالية.

(٢) الدر المختار مع شرح تنوير الأبصار. وابن عابدين ٣١٤/٢ وما بعدها، بدائع الصنائع ١٨٢٢/٤ وما بعدها.

تُجعل مالكة، بخلاف توكيل غيرها بالتطليق<sup>(١)</sup>.

٣- أن المتصرف عن ملك هو الذي يتصرف لنفسه، والمتصرف عن توكيل هو الذي يتصرف لغيره، والمرأة عاملة لنفسها. إلا أن هذا الرأي أنتقد بأن شيئا واحدا لا يمكن أن يكون كله مملوكا لأكثر من واحد في زمان واحد، وعلى تقدير كون التفويض تمليكا يلزم ذلك، حيث يملك الزوج في نفس الوقت حق التطليق أيضا. غير أن هذا الانتقاد يُدفع<sup>(٢)</sup> بأن التفويض تمليك للإيقاع دون العين، فقبل الإيقاع يبقى ملكه، فلذا يجوز له أن يطلقها قبل أن تطلق هي نفسها، وبذلك يشبه هذا التمليك التوكيل. ويرتب على اعتبار التفويض تمليكا الآثار التالية:

أ- لا يصح للزوج الرجوع بالقول، بل بالعمل بأن يطلقها قبل أن تطلق هي نفسها، لانه تمليك لا توكيل. غير أن ابن الهمام علّل ذلك بأنه يتضمن تعليق الطلاق بتطليقها والتعليق لا رجوع فيه<sup>(٣)</sup>.

ب - يسقط حقها بانقضاء المجلس أو بصدر ما يشعر بالاعراض، هذا إذا لم يكن التفويض معلقا بمشيتها بأداة تفيد عموم الوقت أو مؤقتاً بوقت معين، والا فلها اختيار نفسها حسب ذلك دون تقييد بالمجلس<sup>(٤)</sup>.

## المالكية:

التفويض عندهم يكون تمليكا وتوكيلا وتغيرا حسب صيغة التفويض<sup>(٥)</sup>.

فهو - تمليك - إذا جعل الطلاق بيدها بنحو امرك بيدك. وتوكيل إذا خولها بتطليق نفسها بنحو طلقي نفسك. وتغيير: إذا دل اللفظ على أن الزوج فوض لها البقاء على العصمة أو الذهاب عنها. فالصور الثلاث مختلفة في بعض الأحكام ومتفقة في البعض:

(١) الفرق بين التمليك والتوكيل في خمسة أحكام: في التمليك لا يرجع، ولا يعزل، ولا يبطل بجنون

الزوج، ويتقيد بمجلس لا بعقل بخلاف التوكيل. الدر المختار المرجع السابق.

(٢) راجع البحر الرائق ٣/٣١٠.

(٣) راجع الدرر والغرر ١/٢٦٧ وما بعدها.

(٤) راجع شرح فتح القدير ٣/٩٩.

(٥) راجع المدونة الكبرى ٥/٥٥. وما بعدها. الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٤٠٦. وما بعدها. شرح

الخرشي ٤/٦٩ وما بعدها. بداية المجتهد ٢/٥٩ وما بعدها.

## أ - الأحكام المختلفة:

- ١- اذا كان التفويض توكيلاً للزوج عزل الموكلة قبل الايقاع. والوقاع معها ولو اكرهاه يعتبر عزلاً لها، ولكن يسقط حقه في العزل اذا تعلق بالتفويض حق للزوجة ويكون العزل تفويظاً له. كان قال لها أن تزوجت عليك فأمر بك بيدك.
- ٢- واذا كان تحيياً مطلقاً مثل اختاري نفسك، يجب أن تترتب على اختيارها البيئونة، فاذا قال لها اختاري نفسك وهي مدخول بها، فقالت اخترت، قال مالك هي ثلاث تطليقات، لان معنى الخيار هو أن تبين منه، فان قالت اخترت واحدة بطل التخيير وأثره، لانها خرجت عما خُيرت فيه بالكلية، بخلاف ما اذا كان التخيير مقيداً كاختاري تطليقة، فقالت اخترت واحدة، فانه يصح وتقع واحدة.
- ٣- واذا كان تمليكا فلها أن تطلق نفسها واحدة فما فوقها.

## ب - الأحكام المشتركة:

- ١- في التخيير والتملك وفي التوكيل الذي تعلق به حق: تجب الحيلولة بينها وبين زوجها ولا يجوز له أن يقتن بها حتى تجيب رداً أو أخذاً، والا لادى اقترابه منها الى الاستمتاع في عصمة مشكوك بقاؤها.
- بخلاف توكيل لم يتعلق به حق لقدرته على عزلها في هذه الحال.
- وعمل الحيلولة اذا كان التخيير أو التملك مطلقاً، أما اذا كان معلقاً على شيء كقدوم خالد من السفر، فلا حيلولة بينهما قبل تحقق المعلق عليه، لانتهاء السبب المذكور. وقد غفل الاستاذ الدكتور احمد الغندور عن هذا التفصيل لدى المالكية، فقال في كتابه (الطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون):<sup>(١)</sup> (والمالكية يرون أن الزوج اذا فوض الزوجة امر نفسها سواء كان التفويض مقيداً بمدة أم عاماً، فانه يحال بين الزوج وزوجته حتى تجيب بايقاع الطلاق أو رد ما في يدها).
- والاستاذ الغندور اخطأ في هذا الاطلاق من ناحيتين:
- الناحية الأولى إن حكم التفويض المطلق يختلف عن المقيّد، فلا حيلولة في المقيّد قبل تحقق ما قيّد به.

(١) راجع الطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون للدكتور الغندور ص ١١٩.

والناحية الثانية اعطاء هذا الحكم للتفويض في صورته الثلاث، في حين أن التفويض المتمثل في التوكيل لا يثبت له هذا الحكم، لأن في مقدور الزوج عزلها الا اذا تعلق به حق. ولا نفقة للزوجة عند المالكية في فترة الحيلولة لان المانع منها. لكن اذا مات احدهما قبل الاجابة يرثه الآخر.

٢- اذا خيرها أو ملكها وهي لم تفعل شيئا من الاجابة أو الرد، فللحاكم توقيفها حتى تقضي بايقاع أو رد ما بيدها. فان ابت حكم بالغاء التفويض ولا يُملكها، وان رضي الزوج بالامهال لتعلق حق الله به لما فيه من التمادي على عصمة مشكوك فيها.

٣- يسقط حقها في التطليق اذا واقعها في صورتى التمليك والتخيير وهي طائعة، لكن في التوكيل يعتبر الوقاع عزلا مطلقا طائعة أو مكروهة.

٤- في التخيير والتمليك للمالك قولان<sup>(١)</sup> بالنسبة لبقاء حقها بانقضاء المجلس أو عدم بقاءه، ففي قوله القديم لا يسقط حقها بانقضاء المجلس، وفي الجديد الذي مات عليه يسقط به ويحدث كل ما يشعر بالاعراض، وهذا اختيار ابن القاسم وعليه اصحاب مالك، لكن ينفرد التوكيل عنها باستمرار هذا الحق ما لم تلغ الوكالة.

٥- في التمليك والتوكيل قد يكون الطلاق رجعيا وقد يكون بانئا ويختص التخيير بالبانن ما لم يكن مقيدا كما سبق.

### الشافعية:

للشافعي في التفويض قولان<sup>(٢)</sup> ففي القول القديم تفويض الزوجة بالتطليق كتفويض غيرها به توكيل ويترتب على ذلك جواز تعليقه، كاذا جاء رأس الشهر طلقي نفسك، وعدم اشتراط الفورية في الأصح ككل وكالة.

وقال بعضهم: التفويض وان كان توكيلا الا أنه يتضمن تمليكها نفسها بلفظ تأتي به، وذلك يقتضي جوابا عاجلا، وله حق الرجوع قبل التطليق. وفي قوله الجديد يتفق مع الحنفية في أن التفويض تمليك فلو أخرت بقدر ما يقع به القبول عن الايجاب ثم طلقت نفسها لم يقع. وطلقي نفسك صريح. ونحو اختاري نفسك أو أمرك بيدك كناية يجب أن ينوي به الطلاق. ويترتب على تطليق المفوضة نفسها وقوع طلاق رجعيا اذا كانت مدخولا بها ولم يكن الطلاق

(١) الخرشي ٧٠/٤.

(٢) راجع المذهب ٨٠/٢.

مكملًا للثلاث.

### الحنابلة:

يتفق الحنابلة مع ما ذهب إليه الشافعي في قوله القديم من أن التفويض توكيل إذا كان بنحو طلقي نفسك أو أمرك بيدك. فلا يشترط فيه الفورية كتوكيل غيرها بالتطليق وله الرجوع بالقول والفعل. جاء في الانصاف: وإن قال لأمراته طَلَّقِي نفسك فلها ذلك كتوكيل الأجنبي فيه بلا نزاع، وظاهر كلام المصنف أن لها أن تطلق نفسها في مجلس الوكالة وبعده، ما لم يبطل حكم الوكالة وكأمرك بيدك وهو صحيح وهو المذهب<sup>(١)</sup>.

غير أن فريقاً منهم قال بمثل ما قال به بعض الشافعية من أن التفويض وإن كان توكيلاً فهو يقتضي الفورية. جاء في الانصاف: (وقال القاضي يتقيد بالمجلس واختاره ابن عبدوس في تذكرته). ويظهر من كلام الحنابلة أنهم لم يعتبروا التفويض بنحو اختاري نفسك توكيلاً، فقد جاء في الاقناع: (وليس لها أن تطلق في اختاري نفسك إلا ما داماً في المجلس ولم ينشأ ما يقطع)<sup>(٢)</sup>.

### الجعفرية:

لفقهاء الجعفرية في حكم التفويض آراء ثلاثة:

١- قال بعضهم لا يجوز التطليق إلا من الزوج نفسه أو وكيله الذي يكون غير زوجه، أخذاً بعموم قول النبي ﷺ «الطلاق بيد من أخذ بالساق». ولأن التفويض كان من خصائص النبي ﷺ وحتى بالنسبة إليه لم يكن طلاقاً، لأن نساءه لو اختزن تفويض أنفسهن لطلقهن النبي ﷺ بعد التخيير<sup>(٣)</sup>.

٢- وقال أكثرهم بالتفويض المتمثل في التوكيل، فللزوجة توكيل زوجها في تطليق نفسها أو غيرها، كما يجوز توكيلها غيره من العقود، لأنها كاملة ولا يقدر كونها بمنزلة موجبة وقابلة. لأن المغايرة الاعتبارية كافية، ولأن الطلاق يقبل النيابة، فلا خصوصية للنائب، والتوكيل لا ينافي قول الرسول ﷺ: ((الطلاق بيد من أخذ بالساق)) لأن يدها مستفادة من يده، ولأن الحديث لا يحتوي على أداة الحصر فدلالته

(١) الانصاف ٤٤٦/٨. وما بعدها منتهى الارادات ٢٤٩/٢.

(٢) الاقناع ١٣/٣.

(٣) راجع شرائع الاسلام ٥٤/٢. جواهر الكلام كتاب الطلاق. مستدرک الوسائل ٩/٣.

عليه ضعيفة<sup>(١)</sup>.

٣- وقال جماعة منهم ابن أبي عقيل<sup>(٢)</sup> يجوز التفويض ولو كان بالتخيير لكن بشرط أن تقول الزوجة أنا طالق، فإذا قالت اخترت نفسي لا يقع الطلاق. والظاهر أن هذا القول مبني على أن التفويض عند هذه الجماعة بصورة الثلاث توكيل ويؤخذ ذلك مما ورد في المادة (٢٦٣) من أن الكل توكيل معلق على اختيارها<sup>(٣)</sup>.

### الزيدية:

التفويض عندهم أمّا تملك أو توكيل حسب صيغته<sup>(٤)</sup>.

أ - التملك: هو أن يقول لها مَلِّكَتِكَ طَلَّاقًا أو أَمَرَكِ بِيَدِكَ أو اختاري نفسك وينوي بالآخرين التملك ويترتب على كونه تملكًا الآثار التالية:

١- يسقط حقها بانقضاء المجلس ويحدث ما يشعر بالأعراض. والسكوت الطويل في المجلس لا يُعَدُّ أعراضًا. هذا إذا لم يكن مشروطًا بنحو متى، كطلقي نفسك متى شئت، والا فلها ذلك بعد المجلس أيضًا.

٢- لا يصح له الرجوع بالقول. ولو قبل القبول أو التطليق، لان الطلاق إسقاط لا رجوع فيه، بخلاف تملك المال فإنه أثبات فالرجوع فيه قبل القبول جائز، وله الرجوع بالفعل قبل القبول وبعده بان يطلقها قبل تطليقها لنفسها.

٣- لا يصح لها أن تطلق نفسها أكثر من مرة واحدة.

ب - التوكيل: وهو أن يخاطبها بنحو طلّقي نفسك أو وكلتك على الطلاق، ويترتب على كونه توكيلًا ما يلي:

١- أنها لا تقيد بوقت معين لتطليق نفسها أن لم يحد لها الوقت.

٢- للزوج الرجوع قبل أن تطلق نفسها ما لم يقل لها كلما عزلتك فانت وكيل أيضًا في التطليق.

(١) راجع الروضة البهية ١٤٩/٢.

(٢) راجع جواهر الكلام المرجع السابق.

(٣) راجع الأحوال الشخصية للفقهاء الجعفريين.

(٤) راجع التاج المذهب ١٦٤/٢ وما بعدها. الروضة الندية ٥٧/٢. البحر الزخار ١٦٢/٣ وما بعدها.



٣- لها أن تطلق نفسها طليقة واحدة بلا عوض اذا كانت الوكالة مطلقة.

### الظاهرة:

التفويض باطل عندهم مطلقاً، فمن خير زوجته فاختارت نفسها أو الطلاق أو الزوج أو لم تحتر شيئاً، لا يترتب عليه أثر من الفرقة أو الحرمة أو الطلاق، وكذلك الامر في التمليك والتوكيل.  
وحجتهم<sup>(١)</sup>.

١- الطلاق خاص بالرجل دون النساء..

٢- لا يجوز الوكالة في الطلاق لانه لم يأت بالنسبة للتوكيل في الطلاق قران ولا سنة بل قوله تعالى ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ صريح في عدم صحة التطليق من غير الزوج.

٣- لم يخاطب القرآن في آيات أحكام الطلاق الا الأزواج، فكل تطليق من غيرهم تجاوز عن حدود الله، ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾. جاء في المحلى<sup>(٢)</sup> ومن جعل الى امراته أن تطلق نفسها لم يلزمه ذلك ولا تكون طالقاً طلقت نفسها أو لم تطلق لما ذكرنا في الطلاق.  
ومن وجهة نظري:

إن التفويض عمل مزدوج يجمع بين تحويل الزوجة سلطة التطليق وبين وصول الزوج الى معرفة مدى ما تكتنه زوجته له من ود وإخلاص ورغبة في بقاء كيانهما الزوجي، اذ أن الزوج المفوض عندما يخاطب زوجته بنحو طلقي نفسك أو أمرك بيدك، لا يرغب في الافتراق والا فبإمكانه أن يطلقها بنفسه.

ومن هنا تتجلى فلسفة التفويض في تجربة زوجته من جهة، ومن كسب ودها وتشجيعها على عدم الاقدام على هذا العمل من جهة أخرى، فكانه يقول لها أن الطلاق عمل مذموم وعواقبه وخيمه، والا لكنت اقدمت عليه بنفسي واني افضل البقاء واستمرار حياتنا الزوجية، وأما أنت فأرجو أن تسلكي نفس ما أسلكه، وان تفكري بما اتفكر به، وتقدري ما أقدره. وإن أبيت الا أن تختاري الفراق فلك مني سلطة التطليق. فعليه التفويض. نوع خاص

(١) راجع المحلى ١٠/١٩٦ وما بعدها.

(٢) راجع المرجع السابق ١٠/٢١٦.

من التمليك لا يشبه أى تمليك آخر، ويترتب على ذلك أن للزوجة أن تستخدم هذه السلطة في مجلس التخاطب، ما لم يصدر منها ما يشعر بالاعراض وتأييد فكرة زوجها. وليس للزوج حق الرجوع بالقول لأن هذا التمليك فيه شوب تعليق.

## موقف القانون من التفويض:

اعترفت أكثر قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية والإسلامية بتفويض الزوجة بالتطليق.

### العراقي:

أقر التعديل الخامس لقانون الأحوال الشخصية حق الزوجة في أن تطلق نفسها بعد الغاء المادة (٣٤) التي كانت تقر التوكيل للزوجة ولغيرها، فألغاه بالنسبة لغيرها كما يلي:

المادة الأولى - تلغى المادة الرابعة والثلاثون ويحل محلها ما يأتي:

أولاً - الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة أن وكلت به أو فوضت أو من القاضي. ولا يقع الطلاق إلا بالصيغة المخصوصة له شرعاً.

ثانياً - لا يعتد بالوكالة في إجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم في إيقاع الطلاق.

المادة الثانية - لا يعمل بأي نص يتعارض مع أحكام هذا القانون<sup>(١)</sup>.

ففي هذا التعديل عطف المشرع التفويض على التوكيل، فاعطف إذا كان للمفازرة كما هو الأصل يكون المراد من التفويض التمليك. وإن كان عطف تفسير يكون المقصود منه التوكيل لزيادة الإيضاح. فعلى أي حال أن ظاهر النص يؤيد الاحتمال الأول.

### المصري:

(للزوجة أن يوكل غيره بالتطليق وإن يفوض المرأة بتطبيقها نفسها). (م ٢/٨٧)

(١) التعديل الخامس رقم (١٥٦) المنشور في الجريدة الرسمية العدد (٢٧٩٥) السنة (٢٣) في ٢٢/٢٢/١٩٨٠.

### المغربي:

(الطلاق هو حل عقد النكاح بإيقاع الزوج أو وكيله أو من فوض له في ذلك أو الزوجة أن ملكت هذا الحق أو القاضي). (الفصل ٤٤)  
هنا المشرع اختار تعبير (ملك) بدلا من (فوضت) فلا غموض.

### التونسي:

رفض المشرع التونسي الاعتراف بوقوع الطلاق وكالة أو تفويضا، وذلك بما أقره من الفصلين (٣٢، ٣٠) كما يلي:  
(لا يقع الطلاق الا لدى المحكمة) (الفصل ٣٠).  
(لا يُحكم بالطلاق الا بعد أن يجري رئيس المحكمة أو من ينوبه محاولة صلح بين الزوجين، ويعجز عن الاصلاح بينهما).

### الأردني:

(للزوج أن يوكل غيره بالتطليق، وان يفوض الزوجة بتطليق نفسها على أن يكون ذلك بمستند خطي). (م ٨٧).

### الجزائري:

نصت المادة (٤٣) من المشروع التمهيدي لقانون الأحوال الشخصية الجزائري على أن (الطلاق حل عقد الزواج وهو بيد الزوج ولا يثبت الا بحكم بعد محاولة الصلح).  
ويبدو من هذا النص: أن المشرع الجزائري متأثر بالمشرع التونسي في رفض كل لون من ألوان التوكيل في الطلاق. وعدم جواز التوكيل في الطلاق هو مذهب الظاهرية كما بينا سابقا. ولكن تقييد الطلاق بهذا الاجراء القضائي لم يقل به أحد من فقهاء المسلمين بالنسبة للطلاق دون مقابل. وأمّا في الخلع (الطلاق ببدل) فقد قال بعض الفقهاء يجب أن يكون أمام السلطان أو من يخوله هو، كما يأتي في الفصل الخامس.



## الفصل الخامس

### مدى حرية ارادة الزوجين

### في الاتفاق على إنهاء رابطة الزوجية

من المعلوم أن الزواج عقد ملزم للجانبين، فالأصل فيه أن لا يفسخ ولا ينتهي مفعوله الشرعي بالارادة المنفردة، وان اختصاص الزوج بسلطة التطليق كان لحكم سبق أن ذكرنا جانباً منها. فعليه أن اتفاق الزوجين على إنهاء رابطة الزوجية لا يخرج عن طبيعة هذا العقد. ومن الطبيعي أن يُقرّ الاسلام هذا الإتفاق كما أقرته أكثر الشرائع السماوية والوضعية، غير أنه لم يترك ارادة الزوجين حرة في هذا الإتفاق، بل وضع له أسساً معظمها من صالح الزوجة، لأنها طرف ضعيف في هذه العلاقة. وفرض قيوداً على إرادة الزوجين منها تعود الى الأسباب الموجبة ومنها الى الأهلية. ومنها الى العوض الذي يُبذل من جانب الزوجة للزوج.

وأكد جمهور فقهاء المسلمين ضرورة عدم كون هذا الاتفاق سورياً، بل يجب أن يتجلى فيه رضا الزوجة بصورة كاملة، متمسكين في رأيهم هذا بالنصوص الواردة في القرآن الكريم بهذا الشأن. وجرت عادتهم أن يبحثوا أحكام هذا الإتفاق تحت عنوان (الخلع). ونتناول في هذا الفصل حقيقته وأدلته وحكمه وعناصره وتكييفه الفقهي في ثلاثة مباحث.

## المبحث الأول

### الخُلْع

#### تعريفه. أدلته. حكمه

##### تعريفه :

**الخُلْع لغة:** الازالة. يقال خلع فلان ثوبه، أى: أزاله عن جسده.

**وشرها:** اتفاق الزوجين، أو من ينوب عنهما على إنهاء رابطة الزوجية مقابل عوض يدفع من جانب الزوجة الى الزوج.

وهذا التصرف الإتفاقي كما يُسمّى في اصطلاح الفقهاء خُلْعاً، كذلك يسمى فدية وصلحا ومباراة. ومن الفقهاء من فرّق بينها.

فقال المالكية<sup>(١)</sup>، والاباضية<sup>(٢)</sup>: العوض في الخلع يساوي ما وصل اليها منه، وفي الصلح أقل، وفي الفدية أكثر، وفي المباراة اسقاط حق لها عليه. وفي قول لمالك حكاة ابن العربي<sup>(٣)</sup>: أن المباراة هي المخالعة بما لها قبل الدخول. والمخالعة اذا فعلت لذلك بعد الدخول. والفدية هي المخالعة ببعض مالها .

وقال الطوسي<sup>(٤)</sup> من الجعفرية: فرّق أصحابنا بين لفظ الخلع والمباراة في الطلاق بعوض، فاجازوا في لفظ الخلع من العوض ما يتراضيان عليه قليلا كان أو كثيرا، ولم يميزوا من لفظ المباراة الا دون المهر.

ويرى أبو يوسف صاحب أبي حنيفة: أن جميع الحقوق الواجبة بعقد الزواج تسقط بالمباراة دون الخلع.

(١) المدونة الكبرى ٢٨/٥. تفسير القرطبي ١٤٥/٣.

(٢) شرح النيل ٤٨٠/٣.

(٣) تفسير ابن العربي أحكام القرآن ١٩٤/١ ، بداية المجتهد ٥٥/٢.

(٤) الخلاف للطوسي ٢٢٢/٢. والكافي ١٤٢/٦ وما بعدها.

وأرى أنه لا أهمية لهذا الاختلاف، بل المهم في صحة الاتفاق هو التراضي التام والأهلية الكاملة أيا كان العرض كمًّا وكيفًا.

#### أدلة مشروعية الخلع:

أ - القرآن الكريم: قال تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ<sup>(١)</sup>﴾.

ب - السنة النبوية: عن ابن عباس رضي الله عنه: أَنَّ إِمْرَأَةً ثَابِتَ بْنَ قَيْسٍ قَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ، ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ لَا أَعِيبُ عَلَيْهِ فِي خُلُقٍ وَلَا دِينٍ، وَلَكِنْ أَكْرَهُ الْكُفْرَ<sup>(٢)</sup> بَعْدَ الدُّخُولِ فِي الْإِسْلَامِ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ اتْرُدَيْنِ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ؟ قَالَتْ: نَعَمْ. قَالَ: إِقْبِلِ الْحَدِيثَ وَطَلِّقْهَا طَلِّقَةً وَاحِدَةً<sup>(٣)</sup>. والحديث كان مهرًا لها. واستدل بعض الفقهاء بهذا الحديث على أن عوض الخلع يجب أن لا يزيد عما دفعه الزوج إلى زوجته.

#### حكمه:

أ - قال أبو بكر بن عبدالله المزني: لا يجوز الخلع في أساسه، ولا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته شيئًا. وإن ذلك كان حكمًا ثبت بقوله تعالى ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ ونسخ بقوله تعالى ﴿وَأَنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا... الآية﴾. وهذا الرأي مردود لأن من شروط النسخ تناقض الآيتين، ولم يتحقق ذلك هنا، لأن الآية الثانية مبنية على أن يكون الأخذ بغير رضاها، والأولى تدل على الجواز برضاها، فلا تناقض.

(١) (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ) (البقرة: ٢٢٩).

(٢) أي كفران التقصير فيما يجب له.

(٣) أخرجه البخاري وأبو داود والنسائي وهو حديث متفق على صحته. وفي رواية: (إني ما اعتب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله ﷺ اتردين عليه حديثه... إلى آخره) رواه البخاري ومسلم. نيل الأوطار ٢٧٦/٦.

- ٢- وقال جماعة لا يجوز الا في حالة ثبوت الخيانة الزوجية من الزوجة.
- ٣- وقال بعض لا يجوز الخلع الا عند السلطان (رئيس الدولة)، أو من يخوله هو كالقاضي، وهو رأي الحسن البصري، وابن سيرين وسعيد بن جبير. ويردّ هذا الرأي بانه لا يوجد دليل يثبت صحة ذلك، وان كان رأيا وجيها بالنسبة الى ضمان حق الزوجة.
- ٤- قال الجمهور كان الخلع موجودا قبل الاسلام وأقره الاسلام تحت رعاية قيود تحوم كلها حول شيء واحد وهو أن لا يكون في هذا الاتفاق تعسف بحق المرأة. واختلفت وجهة نظر الفقهاء في تلك القيود وفي الآثار التي تترتب على مخالفتها.

#### الحنفية:

قالوا في حكم الخلع أنه يباح اذا كان بسبب منهما أو منها لقوله تعالى ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾. ويكره كراهة تحریم اذا كان بنشوز، أو كان عند الاستقامة وبلا سبب، وقوله تعالى ﴿وَأَنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا... الآية﴾<sup>(١)</sup>.

#### المالكية:

اذا كان النشوز من الزوج لا يجوز له أن يأخذ شيئاً منها من العوض، وان كان النشوز منها جاز أن يأخذ منها ما اعطته دون تحديد اذا كان برضاها، ولم يكن مصدر رضاها عضله<sup>(٢)</sup>.

#### الشافعية:

يكره بلا سبب، ويستحب لمبر، ويحرم ويبطل اذا كان نتيجة لعمل قام به الزوج ضدها، كامتناعه عن الانفاق عليها. جاء في المذهب: (اذا كرهت زوجها لقبح منظر أو سوء عشرة وخافت أن لا تؤدي حقه، جاز أن تخالعه على عوض لقوله تعالى ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ

(١) ﴿وَأَنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِذَا مُبِينًا﴾ (النساء: ٢٠٠) شرح فتح القدير ١٩٩/٢ وما بعدها. الجوهرة ١٣٥/٢ وما بعدها.

(٢) المدونة الكبرى ١٢/٦ وما بعدها شرح الخرشي ١٢/٤ وما بعدها بديع المجتهد ٥٦/٢.



اللَّهُ... الآية). ولحديث ثابت بن قيس، ولأنه رفع عقد بالتراضي جعل لدفع الضرر. وإذا منعها حقها لتخالعه فالعمل غير جائز حكما لكن يقع الطلاق<sup>(١)</sup> ويسقط العوض، لأنه بغير حق<sup>(٢)</sup>، لقوله تعالى ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ﴾. وقال جمهور فقهاء الشافعية: أن الخلع يندب لمن حلف بالثلاث على شيء لا بد له من فعله. وعلّق ابن القيم على هذا الرأي<sup>(٣)</sup> فقال: ومن الحيل الباطلة الحيلة على التخلص من الحنث بالخلع، ثم يفعل المحلوف عليه حال البينونة، ثم يعود إلى النكاح، وهذه الحيلة باطلة شرعا وباطلة على أصول أئمة الامصار. ومن عرف سيرة الشافعي وفضله ومكانته في الاسلام، علم أنه لم يكن معروفا بفعل الحيل. ويقول ابو عبدالله الزيري وهو من أحد الائمة الكبار من الشافعية: لا أعرف هذا من قول الشافعي، ولا بلغني أن له في هذا قولاً معروفاً، ولا أرى من يذكر هذا عنه الا مُحِيلاً.

#### الحنبليّة:

الخلع لسوء عشرة بين الزوجين جائز وإذا كانت الحال مستقيمة فالمذهب وقوعه مع الكراهة، وفي رواية يُحرم ولا يقع. وإذا منعها حقها لتختلع منه ففعلت ولم تكن زنت، فالخلع باطل والعوض مردود والزوجة بحالها الا أن يكون طلاقاً فيقع رجعيًا، لان النهي من قوله تعالى (ولا تعضلوهن) الآية يقتضي فساد المنهي عنه<sup>(٤)</sup>.

#### المجهرية:

كراهية الزوجة أو كليهما شرط أساس لصحة الخلع عندهم بالاجماع وبالأحاديث المستفيضة لديهم، ولو خالعا والاخلاق ملتزمة لم يصح الخلع. فمن اتبعه بالطلاق ففي وقوعه رجعيًا وجهان: أحدهما يقع ولا يملك العوض وثانيهما لا يقع. ولا يجوز الاضرار بالمرأة

(١) اي رجعيًا فله أن يراجعها لان الرجعة انما تسقط بالعوض وقد سقط العوض فتثبت الرجعة.

(٢) المذهب ٧١/٢.

(٣) اعلام الموقعين لابن القيم ٢٨١/٣. وما بعدها.

(٤) المحرر ٤٤/٢، المغني ١٧٤/٨. منتهى الارادات ٢٣٦/٢ وما بعدها. الانصاف ٣٨٢/٨ وما بعدها.

حتى تفتدي. وإذا أتت بفاحشة جاز عضلها لتفتدي نفسها وقال بعضهم لا يجوز في هذه الحال أيضا<sup>(١)</sup>.

### الزيدية:

من شروط صحة الخلع عندهم أن تكون الزوجة وقت الخلع ناشزة عن شيء مما يلزمها له من فعل أو ترك، سواء أكانت الزوجة في بيت زوجها أم لا. ولا نشوز مع سوء العشرة منه، وما وقع من غير كراهية ولا نشوز ولا خوف لا يصح، لقوله تعالى ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ... الآية﴾. وقال بعضهم يصح الخلع بتراضيها ولو لم يكن منها نشوز<sup>(٢)</sup> فان ارتكبت فاحشة فمنعها حقها فخالعته فوجهان، اصحهما لا يصح.

### الظاهرية:

قالوا: الخلع هو الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها فخافت أن لا توفيّه حقه، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها فلها أن تفتدي منه ويطلقها أن رضي هو. ولا يحل الافتداء إلا بأحد الوجهين المذكورين أو باجماعهما، فان وقع بغير ذلك فهو باطل ويردّ عليها ما أخذ منها وهي زوجته كما كانت ويبطل طلاقه ويمنع من ظلمها فقط<sup>(٣)</sup>.

### الاباضية:

لا يشترط عندهم أن تكون الكراهية من الزوجة، بل يكفي لجواز الخلع النشوز من أحدهما، جاء في شرح النيل<sup>(٤)</sup> ولا يجوز لأحدهما إلا بنشوز من الآخر، والخلع لعصل الزوج يقع به الطلاق ولا يحل العوض ديانة ويجب عليه رده<sup>(٥)</sup>.

(١) مستدرک الوسائل ٢٤/٣ وما بعدها. رياض المسائل كتاب الطلاق. المختصر النافع ص ٢٢٧.

الخلاف للطوسي ٢١٣/٢ وما بعدها الكافي ١٣٩/٦ وما بعدها.

(٢) راجع تاج المذهب ١٧٧/٢ وما بعدها. البحر الزخار ١٧٦/٣ وما بعدها. الروض النضير ١٦٩/٤.

(٣) راجع المحلى ٢٤٥/١٠ وما بعدها.

(٤) شرح النيل ٤٨٠/٣.

(٥) المرجع السابق، جوهر النظام ٢٢٧/٢.

## الاستنتاج وال ترجيح:

نستنتج من هذا الاستعراض ومن غيره أن فقهاء الشريعة اختلفوا في حكم الخلع على الأحوال الآتية:

١- لا يجوز الخلع الا عند السلطان أو من ينوب عنه لأن السلطان مسؤول عن الاصلاح والخلع لا يكون الا بعد العجز عن الاصلاح. وهذا ما اختاره الحسن البصري، وابن سيرين، وسعيد بن جبير<sup>(١)</sup>. وأخذ به القانون التونسي والجزائري كما سبق. ويرد بانه يتعارض مع عموم النصوص، والعام لا يخصص الا بدليل ثابت. ولأن بعض المشاكل العائلية قد تستعصي الى درجة يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية.

٢- لا يجوز الا بعد ثبوت فاحشة الزنا الثابتة بمشاهدة الزوج لقوله تعالى ﴿وَلَا تَفْضُلُوهُنَّ لَتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾<sup>(٢)</sup>. وهذا ما ذهب اليه ابن سيرين وأبو قلابه، حيث كانا يقولان لا يحل للزوج الخلع حتى يجد على بطنها رجلا، لأن الله تعالى قال ﴿إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾ وهي الزنا. ويرد بان تخصيص الفاحشة بالزنا لا دليل عليه، وبان هذا الرأي يصطدم مع قضاء الرسول ﷺ بخلع امرأة ثابت بن قيس من أنها لم تكن متهمة بهذه التهمة بل كان الخلع بطلب منها.

٣- الخلع باطل الا في حالة قيام الكراهية والنشوز من أحدهما أو من كليهما، عملا بمفهوم مخالفة الشرط الوارد في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾. وهذا هو مذهب الجعفرية، والزيدية، والظاهرية.

ويناقش بان الشرط الوارد في النص المذكور جار مجرى الغالب، ومن شروط العمل بمفهوم المخالفة ألا يكون القيد الوارد في النص جاريا مجرى الغالب<sup>(٣)</sup>. والخلع غالبا يكون في حال الشقاق والكراهية، ولكن هذا لا يعني أن كل خلع يصادف هذا الظرف وينشأ عنه.

(١) المحلى لابن حزم الظاهري ٢٣٧/١٠.

(٢) يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرْكَبُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَفْضُلُوهُنَّ لَتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا (النساء: ١٩). العيني المرجع السابق ٢٠/٢٦٠.

(٣) دلالات النصوص وطرق استنباط الاحكام للمؤلف ص ١٧٤-١٧٥.

٤- يصح الخلع ويقع الطلاق وببطل العوض أن كان النشوز من الزوج، وهذا ما أخذ به كثير من الفقهاء كالحنفية، والمالكية، والشافعية، والاباضية... على أساس أن النهي في قوله تعالى: (ولا تعضلوهن) يقتضي فساد العوض فقط، ويناقش بأنه يتعارض مع مقتضى الخلع، لأن طلاق الزوج كان مقابل التزام الزوجة بالبدل، بالإضافة الى أن القول ببطلان العوض وصحة الطلاق تحكم وترجيح بلا مرجح.

### منشأ الخلاف:

اتضح من التعليقات المذكورة أن منشأ خلافهم هو الاختلاف في تفسير نصوص أحكام الخلع من حيث الأخذ بالعموم أو التخصيص، ومن حيث التوفيق بينها، أو الأخذ بمفهوم المخالفة، أو الاستعانة بالسنة النبوية...

### الترجيح:

من البدهي أن الركن الأساس في هذا التصرف (الخلع) هو التراضي وتلاقي ارادة الزوجين في إنهاء رابطة زوجية مقابل التزام الزوجة ببذل. فإذا اقرن الاتفاق بعيب من عيوب الارادة كالعضل والضغط والتغريم مع الغبن، فإنه يعتبر باطلا شأنه شأن سائر المعاوزات .

أما إذا كان التزام الزوجة بدفع البدل مقابل استعادة حررتها، وإن منشأ ذلك ليس نشوز الزوج أو ظلمه، وإنما عدم الانسجام لعوامل غريزية أو غيرها، كتفاوت السن أو المركز الثقافي أو الاجتماعي أو غير ذلك، مما لا ذنب فيه للزوج، فعندئذ لا يجد القاضي أو المفتي دليلاً على بطلان الخلع وعدم ترتب آثاره. أما إذا كان مصدر رضا الزوجة بالتزامها مقابل الطلاق هو ظلم الزوج وامتناعه عن حقوقها للضغط عليها وإجبارها على قبول الخلع، فإن بطلانه ليس محل التردد والنقاش، فالطلاق لا يقع، والعوض يُرد، والزوجة باقية كما كانت، كما هو رأي الحنابلة، والظاهرية، وجماعة من الجعفرية، وجمهور الزيدية. ويعزز هذا الاتجاه ظاهر نصوص أحكام الخلع كما سبق.

أما القول بوقوع الطلاق وبطلان التزام الزوجة بدفع العوض فإنه بالإضافة الى تعارضه مع ظاهر النصوص، يصطدم مع مقتضى الخلع.

## المبحث الثاني

### عناصر الخلع

### الصيغة. المخالعة. المختلعة. العوض

لا أرى وجها لاستعراض الآراء فيما يجب أن يتوفر في المخالعة حتى يصح خلعه، بعد أن سردنا تلك الآراء بالنسبة للمطلق وناقشناها في محله<sup>(١)</sup>، وذلك لما وصل إليه الفقهاء من قاعدة عامة وهي أن كل من صح طلاقه صح خلعه، لأن الخلع طلاق بعوض، فإذا جاز بلا عوض فبالعوض من باب أولى، ولذلك نقتصر على عرض بقية العناصر بأسلوب تبرز فيه مجالات حرية الإرادة أو تقييدها في فروع ثلاثة:

### الفرع الأول

### صيغة الخلع

لم يتفق الفقهاء على صيغة معينة للخلع ومنشأ خلافهم التأثر بظاهر بعض النصوص والأعراف والعادات المحلية، واختلافهم في تكييف الخلع هل هو طلاق أو فسخ؟.

قال الحنفية<sup>(٢)</sup>: صريح الإيجاب في الخلع خالعتك، أو بارتك، أو فارقتك، أو طلقتك، أو طلقني نفسك على ألف دينار مثلاً، والقبول يكون في المجلس إذا لم يكن الإيجاب معلقاً كمتى أبرأتني من مهر ك فانت طالق.

وقال المالكية<sup>(٣)</sup>، والظاهرية<sup>(١)</sup>، والاباضية<sup>(٢)</sup>، والحنابلة<sup>(٣)</sup>: صريحه، مشتقات الفدية، والصلح، والمباراة والخلع. والقبول يكون في مجلس الإيجاب أو مجلس العلم في التنجيز، أما في التعليق على الإقباض أو الاداء فلا يختص إقباضها أو ادائها بالمجلس.

(١) راجع ص ٥ وما بعدها.

(٢) شرح فتح القدير ٣/٢١٥. المبسوط ٦/١٧٢.

(٣) المدونة الكبرى ٥/٢٨.

ويرى المالكية جواز الخلع بالمعاطاة إذا قام العرف دليلاً على قصد الزوجين في ذلك. قال الخرشي<sup>(١)</sup>: (وكفت المعاطاة كان تعطيه شيئاً على وجه يفهم منه أنه في نظير العصمة، ويفعل فعلاً يدل على قبول ذلك، كان تكون عاداتهم أنها إذا خلعت سوارها من يدها ودفعته له، أو خرجت من الدار ولم يمنعها: أنه طلاق).

وقال الشافعية<sup>(٢)</sup>، والزيدية<sup>(٣)</sup>: صيغة الخلع هي صيغة الطلاق صراحة أو كناية. وللشافعية في لفظ الخلع ومشتقاته ثلاثة أقوال:

كناية لا يقع بها فرقة إلا مع النية وهو قول الشافعي في الأم. وفسخ وهو قوله القديم. وصريح يقع به الطلاق بلا نية وهو قوله في الاملاء.

والقبول يكون في المجلس في التنجيز، وكذا في التعليق بـ (ان) لان لفظ أن عام يشمل الحال والمستقبل، فإذا اقتصرت به العوض يحمل على الحال قياساً على المعاضات، والعموم يجوز تخصيصه بالقياس. وفي نحو (متى) يجوز القبول على التراخي. وفي (إذا) خلاف في الحاقه بـ (ان) أو (متى)، فرجح الشيرازي الثاني في المهذب<sup>(٤)</sup> لأنه يفيد ما يفيد متى ونحوه.

وقال الجعفرية<sup>(٥)</sup>: صريح الإيجاب في الخلع هو قول الزوج لزوجته خالعتك على كذا، إذا كان سبب الخلع كراهية الزوجة، وبارتتك أو فاديتك على كذا، إذا كانت الكراهية من الطرفين. غير أنهم قالوا يجب اتباع صيغة الخلع بصيغة الطلاق، والا فلا يترتب عليها شيء، بان يقول (خالعتك على كذا فانت طالق) أو (بارتتك على كذا فانت طالق) وهذا القول بالنسبة لصيغة بارتتك محل اتفاق الجميع.

(١) المحلى ٢٣٠/١٠، وما بعدها.

(٢) شرح النيل ٤٨٠/٣.

(٣) الانصاف ٣٩٢/٨، منتهى الإرادات ٢٣٨/٢.

(٤) شرح الخرشي ٢٣/٤.

(٥) المهذب ٧٢/٢ نهاية المحتاج ٣٩٧/٦.

(٦) التاج المذهب ١٨٠/٢ وما بعدها. البحر الزخار ١٧٩/٣.

(٧) المرجع السابق.

(٨) شرائع السلام ٦٩/٢. مستدرک الوسائل ٢٤/٣. رياض المسائل المجلد الثاني كتاب الطلاق.

الخلاف للطوسي ٢١٣/٢.

## الاستنتاج والترجيح:

نستنتج من هذا العرض أن المدرسة الجعفرية اتخذت اتجاها معاكسا للاتجاه الذي اختارته المدرسة المالكية، فكلا الاتجاهين منتقدان: فالتطرف المالكي في التوسع وصل الى حد ألفى اعتبار الصيغة في أمر خطير يتعلق بكيان الأسرة، والاكتفاء فيه بالمعاطاة. والتفكير الجعفري لم يتقيد بصيغ الخلع التقليدية فحسب بل ازداد تقيدا باعتباره صيغة الطلاق كجزء متمم لصيغة الخلع، ففرض على ارادة الزوج المخالغ أن يقول في الايجاب (خالعتك على كذا فانت طالق).

وأما بقية الفقهاء وان سلكوا مسلكا وسطا، الا أنهم لم يخرجوا عن تقييد ارادة الزوج ببعض الصيغ التقليدية. والذي يبدو لي راجعا هو: أن الشريعة الاسلامية لم تعتبر هذه الصيغ الشكلية اصطلاحات توقيفية تلزم المكلف باتباعها في كل زمان ومكان، بل تركت الأمر في ذلك للعرف السائد في المحيط الذي يعيش فيه الزوجان.

## الفرع الثاني المختلعة

إذا كانت الزوجة بالغة عاقلة مختارة صحيحة وغير محجور عليها لسفه، فلا خلاف في صحة اختلاعها وحرية ارادتها في الالتزام بدفع العوض الى زوجها مقابل إنهاء رابطتها الزوجية. وكذا لا خلاف في بطلان اختلاع الصغيرة وغير المميزة والمجنونة ومن في حكمها إذا باشرت الخلع بنفسها.

وأما الخلاف في حكم خلع المريضة، والسفيهية، والصغيرة المميزة، والخلع من الولي.

## المريضة:

قال الحنفية<sup>(١)</sup>: إذا كانت الزوجة مريضة، وخالعها زوجها على مال، فان ماتت في العدة بمرضها فللزواج الاقل من ميراثه منها، وبذل الخلع، وثلث المال. وخالف في ذلك زفر، فقال

(١) راجع البحر الرائق ٨٠/٤. شرح فتح القدير ٢١٨/٣.

يخرج العوض من جميع المال. وإن مات بعدها فله الأقل من البذل والثلث. وإن شفيت من المرض فله العوض المتفق عليه.

**وقال المالكية<sup>(١)</sup>:** إذا اختلعت المريضة وهو صحيح بجميع مالها، قال مالك: لم يجز ويقع الطلاق، ولا يرثها، وعليه الجمهور. وقال ابن القاسم: أن كان العوض أكثر من ميراثه منها فله قدر ميراثه ويرد الزائد. وقول مالك (لم يجز) قال بعض فقهاء كابن المواز وابن نافع: أي يبطل جميعه. وقال بعض ومنهم عياض: أي لم يجز القدر الزائد على ارثه. فعليه يكون خلاف ابن القاسم مع مالك حقيقياً على التفسير الأول ولفظياً على الثاني، إلا أنه يؤخذ من مفهوم كلام مالك (بجميع مالها، جوازه ببعض مالها).

**وقال الشافعية:** خلع المريضة جائز بقدر مهر مثلها، وإن زاد فالزيادة من الثلث. جاء في تحفة المحتاج<sup>(٢)</sup> (ويصح اختلاع المريضة مرض الموت لأن لها صرف مالها في شهواتها بخلاف السفينة، ولا يُحسب من الثلث إلا الزائد من مهر المثل لأن الزائد عليه هو التبرع).

**قال الحنابلة:** إذا اختلعت المريضة فللزوجة الأقل من بدل الخلع ومن ميراثه منها، جاء في الانصاف<sup>(٣)</sup>: (وإن خالعت في مرض موتها فله الأقل من المسمى أو ميراثه منها). وجاء نظير هذا في المغني<sup>(٤)</sup>. وبذلك يتفق رأي الحنابلة مع قول ابن القاسم من المالكية.

**وقال الزيدية:** ينفذ العوض من الثلث، فإن كان أكثر منه فالزائد لا يجوز صرفه للزوج إلا بأذن الوارثين وقت الخلع لا وقت الموت، جاء في التاج المذهب: (إذا طلق المريضة على عوض منها أو من مريض غيرها ولو كانت صحيحة، سواء كان العوض قدر الثلث أو أكثر منه، ولم يجز الورثة، فلا ينفذ ذلك العوض في حال المرض المخوف إذا وقع الموت منه إلا من الثلث فقط، ويعتبر الثلث ووجود الوارث وعدمه في العقد وقت العقد)<sup>(٥)</sup>. أي وقت الخلع.

**الجعفرية:** لم يفرق فقهاء الجعفرية بين خلع المريضة وخلع الصحيحة لأن القرآن لم يفصل، قال الطوسي في الخلاف<sup>(٦)</sup>: إذا خالعت المرأة في مرضها بأكثر من مهر مثلها كان الكل من

(١) راجع شرح الخرشي ٢٠/٤.

(٢) ٨٨/٧، المذهب ٧٤/٢.

(٣) الانصاف ٤١٩/٨. وفيه: (هذا المذهب. جزم به في المغني والشرح، وابن منجا، والخرقي،

والزركشي، والوجيز وغيرهم).

(٤) ٨٨/٧.

(٥) التاج المذهب ١٩١/٢.

(٦) الخلاف للطوسي ٢٢٢/٢.



صلب مالها لقوله تعالى ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ فلم يفرّق بين حال الصحة والمرض فوجب حمله على عمومه الا أن يقوم دليل).

الظاهرية: لم يفرقوا بين الصحيحة والمریضة كالجعفرية لعدم وجود هذا التفريق في القرآن الكريم<sup>(١)</sup>.

### السفيهة والصغيرة المميزة:

قال الخنفية<sup>(٢)</sup>: أن باشرت الخلع الصغيرة بنفسها فان قبلت وهي تعقل أن النكاح عمل إيجابي يفيد استمرار الحياة الزوجية، وأن الخلع عمل سلمي ينهي رابطة الزوجية، صح الخلع ووقع الطلاق رجعياً أو بائناً حسب ظروفه، ولكن لا يلزمها المال، لأنها ليست من اهل التبرع. وان لم تقبل، أو لم تكن أهلاً للقبول بطل الخلع.

وقال المالكية<sup>(٣)</sup>: يجب أن يكون الملتزم بعوض اهلاً للتبرع غير محجور عليه لصغر أو جنون أو سفه، ففي الصغيرة المميزة والسفيهة يقع الطلاق بائناً ويلغو العوض إذا لم تتضمن الصيغة التعليق على استحقاق المال، والا لغا الطلاق ايضاً لعدم أهلية الالتزام.

وقال الشافعية<sup>(٤)</sup>: شرطُ قابِل الخلع اطلاق التصرف، فان خالع محجوراً عليها لسفه وكانت مدخولاً بها وقع الطلاق رجعياً ولغا العوض، وان اذن لها الولي فيه لعدم أهلية التصرف، وليس لوليها صرف مالها بغير عوض مالي. وهذا إذا لم يخش عليها أو على مالها من زوجها، فإن خشي ولم يكن دفع ذلك الا بالخلع فالقول الأوجه عندهم جوازه دفعا للظلم عنها. ولا يجوز أن يخلع البنت الصغيرة، فان خالعها بشيء من مالها يقع الطلاق ولا يستحق البذل. وان كان بعد الدخول فله أن يراجعها.

الحنابلة<sup>(٥)</sup>: وان خالعت محجورة بسفه أو صغر أو جنون لم يصح ولو اذن الولي.

(١) المحلى ٢٣٥/١٠ وما بعدها.

(٢) راجع فتح شرح القدير ٢١٨/٣ وما بعدها. البحر الرائق ٨٠/٤ المبسوط ١٧٨/٦.

(٣) راجع شرح الخرشي ١٢/٤ وما بعدها. الشرح الكبير للدردير ٣٨٤/٢.

(٤) راجع المذهب ٧١/٢. نهاية المحتاج ٣٨٨/٨.

(٥) المغني ٨٣/٧ وفيه: (فأما المحجور عليها لسفه أو صغر أو جنون فلا يصح بذل العوض منها في الخلع لانه تصرف في المال وليس هي من أهله وسواء اذن فيه الولي أو لم يأذن).

الجعفرية: قال في تحرير الأحكام: (ان خلع الصغيرة فاسدًا، وكذلك خلع السفينة الا إذا اذن لها به القيم، فانه يصح إذا كان ذلك في مصلحتها) <sup>(١)</sup>.

الزيدية <sup>(٢)</sup>: المحجورة بالدين يصح اختلاعها ويبقى العوض بذمتها الى اذن الحاكم أو رفع الحجر، أما المحجورة بالسفه فتصرفاتها المالية باطلة. أما الصغيرة المميزة فان كان العوض منها، فلا خلع ولا طلاق.

الظاهرية: يشترط عندهم أن يكون الخلع من زوجة كاملة الأهلية، فلا يجوز من صغيرة ولو كانت مميزة أو كان العوض من غيرها. والسفينة بالمعنى المعروف لدى بقية الفقهاء تعتبر كاملة الاهلية لدى الظاهرية كما سبق <sup>(٣)</sup>.

ومن هذا الاستعراض نستنتج أن رأي الفقهاء كاد أن يتفق على أن المختلعة يعتبر فيها أن تكون اهلا للتبرع، لأن الخلع بالنسبة للزوجة عقد معاوضة فيها شوب التبرع، فاذا باشرت الصغيرة المميزة أو السفينة الخلع بنفسها لا يترتب عليه التزامها بالعوض وان اذن لها الولي.

ويرى الشافعية، وبعض الجعفرية: أن المختلعة السفينة المحجور عليها إذا باشرت الخلع بنفسها بإذن من وليها أو قيمها، وكان لها في ذلك مصلحة، صح الخلع والالتزام.

وأرى أن هذا الرأي (لشافعية وبعض الجعفرية) هو الأنقذ ما دام الخلع يحقق مصلحة للزوجة بان يخشى عليها أو على مالها من زوجها ولم يمكن دفع ذلك الا بالخلع، اذ أن هذه المصلحة ترجح جانب المعاوضة في هذا الخلع على جانب التبرع، فيكون عملاً دائراً بين النفع والضرر ويصح بإذن الولي أو القيم. أما إذا لم تكن هناك مصلحة أو لم يؤذن لها فبطلان الالتزام يكون محل الاتفاق، سواء في ذلك الصغيرة المميزة والسفينة المحجور عليها.

وأما الطلاق فقد قال الحنفية: يقع رجعيًا أو بائناً على أساس أن العوض ليس شرطاً في الخلع.

وقال المالكية: يقع بائناً إذا لم تتضمن الصيغة التعليق على استحقاق المال.

وقال الشافعية: يقع رجعيًا أن كانت مدخولاً بها والا فبائناً لان له أن يطلق مجاناً.

وأرى أن هذا الاطلاق منهم ليس وجيهاً، بل على القاضي أو المفتي أن يستفسر عما

<sup>(١)</sup> راجع تحرير الاحكام ٥٨/٢.

<sup>(٢)</sup> راجع التاج المذهب ١٧٦/٢ وما بعدها. البحر الزخار ١٨١/٣ وما بعدها.

<sup>(٣)</sup> راجع ص ٥٧ بشأن السفينة لدى الظاهرية والمحلى ٢٥٩/٨.

كان يقصده المخالغ في هذا التصرف ثم يحكم أو يفتي في ضوء ما يصل اليه. فان كان المخالغ عالما بان المختلعة ليست أهلا للالتزام فيعتبر هو المفوت لحقه في العوض، فكانه طلقها مجانا فيقع طلاقه. أما إذا كان جاهلا بهذا الواقع وأنه لم يخالغها الا طمعا في الحصول على بدل العوض، ففي اعتقادي أن هذا الخلع الصوري لا يؤثر على علاقتها الزوجية بل الزوجية باقية بحالها. ويزيد ذلك ما ذهب اليه المالكية من أن الطلاق يقع باننا ويلغو العوض إذا لم تتضمن الصيغة التعليق على استحقاق المال والا لغا الطلاق أيضا لعدم أهلية الالتزام.

## الخلع من الولي:

إذا لم تكن للزوجة الأهلية الكاملة، فهل لوليها سلطة الاختلاع عنها؟  
قال الحنفية<sup>(١)</sup>: يجوز الخلع من الولي إذا ضمن البذل، لان الزوج ينفرد بالايقاع واشتراط القبول لمجرد التزام المال وقد تم ذلك من الولي. وان لم يضمن البذل لغا العوض، والطلاق يقع أن قلنا أنه معلق على القبول، والا فلا يقع أن قلنا أنه مقابل استحقاق البذل.  
وقال المالكية<sup>(٢)</sup>: جاز خلع الأب عن ابنته المجبرة من مالها ولو بجميع مهرها. وعن السفينة جاز بأذنهما مطلقا من ماله أو من مالها، وكذا بغير أذنهما إذا كان من ماله والا ففيه قولان أحدهما يقع والآخر لا يقع.

وقال الشافعية<sup>(٣)</sup>: لكل شخص حرية الارادة في الاختلاع عن اية زوجة صغيرة كانت أم كبيرة أم سفينة، إذا التزم بدفع العوض من ماله وان كرهت الزوجة، بناء على (ان الطلاق بما يستقل به الزوج) (وان المختلغ مستقل بالالتزام). ولا يجوز أن يختلع بمالها، فان خالغها الاب بمالها يقع الطلاق رجعيا بعد الدخول وباننا قبل الدخول دون مقابل.

وقال الحنابلة<sup>(٤)</sup>: ليس لأب القاصرة أن يخالغ من مالها، فان قال طلق بنتي وانت برىء من مهرها ففعل فيقع الطلاق رجعيا ولم يبرأ ولم يرجع على الاب، لانه لا يملك التصرف بمالها الا بما فيه الحظ، وهذا لا حظ فيه، بل فيه اسقاط، واذا كان العوض من الولي فعلى

(١) راجع البحر الرائق ٨٠/٤. المبسوط ١٧٩/٦.

(٢) شرح الغرشي ١٢/٤ وما بعدها. الدردير ٣٤٨/٢.

(٣) راجع المذهب ٧١/١. نهاية المحتاج ٢٨٨/٨.

(٤) الانصاف ٣٨٨/٨ وما بعدها. المحرر ٤٤/٢. المغني ٨٢/٧.

المذهب يصح.

وقال الزيدية<sup>(١)</sup>: ولا يصح خلع القاصرة من وليها الا إذا كانت لها فيه مصلحة والعوض لا يصح ايضا من غيرها لعدم اعتبار نشوزها قبل التكليف.  
وقال الزيدية: للأب مخالعة ابنته الصغيرة حيث العوض منه، اذ لا يشترط النشوز الا حيث العوض منها<sup>(٢)</sup>.  
وأما الجعفرية: فلمهم قاعدتان:

الأولى<sup>(٣)</sup>: أن الخلع لا يصح الا مع كراهية الزوجة أو كراهيتهما معا.  
والثانية<sup>(٤)</sup>: أن بذل العوض من غيرها دون توكيلها باطل لقوله تعالى ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾. فأضاف الفداء اليها. وبناء على هاتين القاعدتين لا يصح خلع الولي عن القاصر، لانها ليست أهلا للكرهية والتوكيل قبل التكليف (قبل البلوغ).

وقال الظاهرية<sup>(٥)</sup>: فمخالعة الأب أو الوصي أو السلطان عن صغيرة أو كبيرة كسب على غيره، واستحلال مالها بغير رضاها وأكل مال بالباطل وهو حرام لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِثْمًا عَلَيْهَا﴾<sup>(٦)</sup> ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾<sup>(٧)</sup>.

وقال الاباضية<sup>(٨)</sup>: أن افتدى لصغيرة أو مجنونة ابوها بالصداق أو ببعضه، فلم تجزه بعد البلوغ أو الافاقة، اخذته من زوجها ورجع الزوج به على الاب.

(١) التاج المذهب ١٧٧/٢. البحر الزخار ١٨١/٣ وما بعدها.

(٢) البحر الزخار ١٨٢/٣.

(٣) راجع الروضة البهية ١٦٥/٢.

(٤) راجع الخلاف للطوسي ٢٢٢/٢-٢٢٣ وفيه: (ليس للولي أن يطلق عن له عليه ولاية لا بعوض ولا بغير عوض).

(٥) راجع المحلى ٢٤٤/١٠.

(٦) ﴿قُلْ أَغْيَرُ اللَّهِ أَبْغِي رَبًّا وَهُوَ رَبُّ كُلِّ شَيْءٍ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِثْمًا عَلَيْهَا وَلَا تَزِدُ وَازِدَةً وَبِذِّ أُخْرَى ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّكُمْ مَرْجِعُكُمْ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ﴾ (الانعام: ١٦٤).

(٧) ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ أَنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ (النساء: ٢٩).

(٨) راجع شرح النيل ٤٨٣/٣ نقلا عن الصابوني.

## التحليل والترجيح:

### أولاً - المختلعة المريضة مرض الموت:

اتفقوا على صحة خلعها في حالة الادراك الكامل. لكنهم اختلفوا في تحديد محل التزامها ومنشأ ذلك اختلافهم في التسوية بين حالتي الصحة والمرض من جهة اخذا بعموم النص، ومن جهة أخرى اختلافهم في طبيعة الالتزام هل هو تبرع أو لا؟

فمن ذهب الى التسوية كالظاهرية، والجعفرية، وزفر من الحنفية قال: يصح الخلع وتلتزم بدفع ما تعهدت به للزوج، اخذا بعموم النص الذي لم يفرق بين أحكام حالتي الصحة والمرض. ومن لم يعتبر الالتزام تبرعا الا فيما زاد عن الثلث كالشافعية، علل رأيه بان البضع لا يتعلق به حق الورثة وكذلك بدله (مهر المثل)، فالزوجة عندما تلتزم برد ما التزم الزوج ببذله لها كأنها اشترت بضاعة بثمن مثلها، وما زاد عن مهر المثل يعتبر تبرعا تسري عليه أحكام الوصية.

ومن قال إن الالتزام تبرع يخضع لأحكام الوصية كالحنفية والزيدية والمالكية والحنابلة، عزز رأيه بان عصمة الزوجة لا تعوض بالمال، فما تلتزم به في سبيل استعادتها يدخل في باب التبرعات تسري عليه أحكام الوصية. الا أنه لا وجه للتفصيل الذي ذهب اليه بعضهم من أن للزوج الأقل من البذل أو الثلث أو الأقل مما يرثه منها ومن المسمى والثلث.

### الترجيح:

الرأي الذي أميل اليه هو ما ذهب اليه الشافعية لما فيه من الدقة التحليلية والفقهية.

### ثانيا - المختلعة السفية:

منشأ اختلافهم في ما يترتب على اختلاعها هو الاختلاف في الاعتداد بالسفه من ناحية، ومن ناحية أخرى اختلافهم في ترجيح إحدى الإرادتين (الظاهرة والباطنة) على الأخرى.

فمن قال بصحة الخلع وآثاره من وقوع الطلاق والالتزام بدفع البذل كالحنفية والظاهرية، لم يعر الأهمية للسفه، فقال ابو حنيفة: (لا يحجر على السفية لان رعاية كرامته أهم من رعاية ماله). وقال ابن حزم الظاهري: (الانسان المؤمن لا يوصف بالسفه. حيث لم يرد هذا الوصف في القرآن الكريم الا لغير المؤمنين).

ومن رجح الإرادة الظاهرة على الباطنة كالمالكية، والشافعية قال: يقع الطلاق لانه صدر

من يملكه وتلقى القبول من الزوجة، ويبطل الالتزام بالعوض لأنها ليست اهلاً له. والطلاق بائن عند المالكية فلو راجعها الزوج ظاناً أنه رجعي أو مقلداً لمن يراه رجعياً يجب التفريق بينهما، ما لم يحكم الحاكم بصحته على أساس أن حكمه يحلل المحرم المختلف فيه على المعتمد عندهم. وعند الشافعية: الطلاق قبل الدخول بائن وبعده رجعي لعدم صحة العوض. ومن رجع الإرادة الباطنة على الظاهرة كالجعفريّة، والزيدية قال: يبطلان كل من الطلاق والعوض لأن الزوج إنما أراد طلاقاً يقابله البذل الذي تلتزم به الزوجة.

### الترجيع:

أرى أن الأولى بالعمل هو قول أبي حنيفة (رحمه الله) والظاهرية على أن يتم ذلك تحت إشراف القضاء، لأن تصرف السفينة صحيح في أمواله وغيره بأذن القضاء عندما يكون فيه مصلحة ولا يترتب عليه ضرر الغير.

### ثالثاً - المختلعة الصغيرة:

لا خلاف في عدم صحة اختلاع الصغيرة غير المميّزة، لأنها في حكم المجنونة، فالقاضي هو الذي يتولى الطلاق بالنسبة إليهما. وإنما الخلاف في المميّزة، ومنشأ الاختلاف في الأهلية اللازمة للخلع من جهة، ومن جهة أخرى الاختلاف في الأخذ بالإرادة الظاهرة أو الباطنة. فمن قال يبطلان خلع الصغيرة كالظاهرية، نظر إلى عدم توفر شرط الأهلية، ومن رجّح الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة كالحنفية<sup>(١)</sup> قال: بالوقوع لأنه طلاق صدر ممن هو أهل له وربطه بالقبول وقد حصل. ومن رجع الإرادة الباطنة وقال: أن كان العوض منها فلا خلع لعدم صحة الالتزام، وإن كان من غيرها وقع الطلاق بائناً واستحق الزوج العوض.

### رابعاً - الخلع من الولي:

لا سلطان لإرادة الولي في الاختلاع إذا كان العوض من مالها، فلا يستحق الزوج العوض، لكن هل يقع الطلاق؟ فيه رأيان أحدهما: يقع لأنه طلاق معلق على قبول الولي، وفي هذا أخذ بالإرادة الظاهرة. والثاني لا يقع، لأن الزوج ربط في نيته وقوع الطلاق باستحقاقه للبذل، وهذا هو الأفقه والأولى بالقبول.

(١) قال السرخسي (المبسوط ١٧٨/٦): (إذا اختلعت الصبية من زوجها الكبير فالطلاق واقع عليها لأن الزوج من أهل الإيقاع، وإيجاب الخلع تعليق الطلاق بشرط القبول وقد تحقق القبول منها، فيقع كما لو قال لها أن تكلمت فانت طالق فتكلمت، ولا يلزمها المال).

## الفرع الثالث

### العوض

هل للزوجين حرية الارادة في الاتفاق على الخلع دون العوض أو لا؟ وعلى الثاني هل لهما اختيار أي عوض يتفقان عليه، أو حددت ارادتهما في ذلك؟

**قال الحنفية<sup>(١)</sup>:** العوض ليس شرطاً في الخلع، وإن كل ما صح في المال أن يكون مهراً، أن يكون بدلاً للخلع. وخلعها على تنازلها عن حق الحضانة جائز والشرط باطل، لأنها حق قرر لمصلحة الولد فلا يجوز التنازل عنها. ويجوز الخلع على ارضاع الولد وامساكه مدة سنتين.

ومقداره: لا يجوز أن يكون أكثر مما اعطاها، فإن فعل صح الخلع وهو آثم ديانة لا قضاء..

**وقال المالكية<sup>(٢)</sup>:** العوض ليس شرطاً كالحنفية، ويجوز أن يكون العوض أنفاقها على نفسها مدة حملها، فإن أعسرت أنفق هو عليها ويرجع عليها أن أيسرت. ويجوز أن يكون اسقاط حقها في حضانة ولدها للاب إذا لم يضر ذلك بالولد. وإذا خالعهها على مجهول، أو غير متقوم أو مفصوب، يقع الطلاق بانئا ولا يلزم الزوجة شيء.. ولا يجوز أن يكون العوض خروجها من سكنى العدة، لأنه حق الله فلا يجوز لأحد اسقاطه. ولا تحديد للعوض عندهم.

**الشافعية<sup>(٣)</sup>:** لا يصح الخلع إلا بعوض ويجوز أن يكون قليلاً وكثيراً ديناً أو عيناً أو منفعة، لقوله تعالى ﴿لا جناح عليهما فيما افتدت به﴾، وإذا خالعهها على تكفل

(١) راجع شرح فتح القدير ٢/٢١٥. المبسوط ٦/١٦٩. أحكام القرآن للجصاص ٢/٩٠ وما بعدها.

(٢) راجع شرح الخرشي ٤/١٣ وما بعدها. المنتقى شرح موطأ ٤/٦٢ وما بعدها. حاشية العدوي على الخرشي ٤/١٣.

(٣) راجع المذهب ٢/٧٣ وما بعدها. نهاية المحتاج ٣٩١٦ وما بعدها. ابن قاسم الغزي والباजوري ٢/١٣٧ وما بعدها.

الولد وبين مدة الرضاع وقدر النفقة وصفتها صح على المنصوص. وقال بعض أصحاب الشافعي: لا يصح، لأنها صفقة جمعت بيعا وإجارة. ومن يرى صحته قال: أن الحاجة تدعو إلى الجمع بينهما. وإذا خالعهما على مجهول، أو غير متقوم، أو مفصوب أو خالعهما بشرط فاسد صح في الكل ويتحول العوض إلى مهر المثل ويرجع عليها به، لأنه تعذر رد البضع فوجب رد بدله.

الآ أن المجهولية في الإبراء تؤثر على صحة الخلع فلا يقع الطلاق، فإذا قال: إن إبرأتني من مهرك فأنت طالق، فأبرأته وهي جاهلة بمقدار العوض لم تطلق. وينبني على ذلك أنه إذا خالعهما على الإبراء من مهرها وقد تعلقت به الزكاة لم يقع، لأن بعضا منه أصبح ملكا لمستحقي الزكاة. ولا يجوز الخلع على إسقاط الحضنة ولو شرط عليها الرجعة وقع الطلاق رجعيًا ولا مال لتنافي شرطي المال والرجعة.

الحنابلة<sup>(١)</sup>: لا يصح الخلع بدون العوض ولا يجوز أن يكون أكثر مما أعطاها، فإن أخذ الزيادة جاز له ذلك قضاء لا ديانة. ويصح على إرضاع ولده وكفالتة ونفقتة وكذا على منفعة كسكنى دارها. ويصح الخلع على ما لا يصح أن يكون مهرًا لجهالة أو غرر.

المجفعية<sup>(٢)</sup>: كل ما صح أن يكون مهرًا صح أن يكون عوضا في الخلع وإذا خالعهما على مال غير متقوم بطل الخلع على الأقوى عندهم.

ويجوز على إرضاع الولد ونفقتة إذا تعين القدر المحتاج إليه. ويجوز أن يكون عوض الخلع إسقاط حق الحضنة لأنه لا يوجد نص يدل على وجوب هذا الحق لأحدهما دون الآخر. ويجوز أن يكون أكثر مما وصل إليها، لكن في المبرأة يشترط أن لا يزيد على ذلك.

الزيدية<sup>(٣)</sup>: العوض شرط في صحة الخلع ويجب أن لا يزيد على ما وجب لها بالزواج، كان غير متقوم يقع الطلاق رجعيًا. وإذا طلقها على الإبراء من نفقة عدتها لم يصح الإبراء ويقع الطلاق رجعيًا بالقبول.

(١) راجع منتهى الإرادات ٢/٢٣٩. وما بعدها.

(٢) راجع الروضة البهية ٢/١٦٣ وما بعدها. الخلاف للطوسي ٢/٨٥. الكافي ٦/١٤٢.



الظاهرية<sup>(٢)</sup>: لها أن تفتدي بجميع ما تملك ما دام برضاها وحكمه في الخلع كحكمه في عقود المعاوضات .

### التحليل والترجيح:

لا خلاف في أن كل ما يصح أن يكون مهرا يجوز أن يكون بدلا للخلع، إنما الخلاف في الخلع على ما يتعلق به حق الغير، وفي صفة العوض. ومنشأ الأول هو أن ما يتعلق به حق الغير كالحضانة هو حق والتزام في وقت واحد، فمن غلب جانب الحق قال يجوز اختلاع أم الطفل على تنازلها عن حضانتها إذا لم يضر ذلك بالطفل. ومن غلب جانب الالتزام قال الشرط باطل غير مبطل، فيقع الطلاق وعليها الحضانة.

ومنشأ الخلاف في صفة العوض ككونه معلوما أو مجهولا أو محلا للغير، هو تردد العوض في الخلع بين عوض عقود المعاوضات وبين الأشياء الموهوبة والموصى بها، فمن شبهه بالأولى إشتراط فيه ما يشترط في عوض تلك العقود، ومن شبه بالهبات لم يشترط ذلك.

### الترجيح:

الأفقه هو القول ببطلان الخلع وعدم وقوع الطلاق في كل حالة لا يتحقق فيها ما يستهدف الزوج تحقيقه من وراء ربط طلاق زوجته بما تتعهد به له وتلتزم بتنفيذه، مادام هناك اتفاق الفقهاء على أن الخلع نوع خاص من الطلاق له أحكامه وآثاره الخاصة ويفرد في كتب الفقه ببحث مستقل عن الطلاق الذي هو دون مقابل.

(١) راجع التاج المذهب ١٣٨/٢ وما بعدها.

(٢) راجع المحلى ٢٣٥/١٠.

## المبحث الثالث

### التكييف الفقهي للخلع

اختلف الفقهاء في طبيعة الخلع: هل هو طلاق أو فسخ؟ وهل هو معاوضة أو تعليق؟ حسب التفصيل الآتي:  
الحنفية<sup>(١)</sup>: الخلع طلاق بائن عندهم. قال السرخسي<sup>(٢)</sup>: والخلع تطليقة بائنة عندنا. وحجتهم على ذلك:

١- ما روي عن علي وعمر وابن مسعود مرفوعا الى الرسول ﷺ ((الخلع تطليقة بائنة))<sup>(٣)</sup>.

٢- الفسخ يكون قبل تمام العقد، والخلع يكون بعده، والنكاح لا يتحمل الفسخ بعد تمامه.

٣- القرآن بين أن الطلقة الثالثة تكون بعوض وبغير عوض، وبهذا المعنى لا يصبح الطلاق رابعا.

أما طبيعة الخلع فهو عند أبي حنيفة يمين من جانب الزوج، لانه يتضمن التعليق على القبول، ومعاوضة من جانب الزوجة لها شبه بالتبرع، لان العوض مما لا يُعد مالا شرعا. وعند صاحبيه يمين من الجانبين، لان قبولها يكمل يمين الرجل، فلا فائدة لقوله لولا قبولها. والراجع عندهم هو رأي أبي حنيفة.

ويرتّب على كونه يميّنا من جانبه ما يلي:

١- ليس له خيار الشرط فاذا شرط ذلك لغا الشرط وصح العقد.

٢- لا يبطل إيجابه بقيامه في المجلس، ولو كان معاوضة لبطل ذلك لانتهاء المجلس بقيامه.

٣- يصح تعليقه على شرط وضافته الى مستقبل بخلاف المعاوضة.

(١) راجع المبسوط ١٨٤/٦ وما بعدها. شرح فتح القدير ١٩٩/٣. بدائع الصنائع ١٤٥/٣. وما بعدها.

(٢) راجع المبسوط ١٧١/٦.

(٣) النسائي: باب تفرق الزوجين عند مفارقتهم.

٤- إذا كان الإيجاب من الزوج لا يملك الرجوع قبل القبول، لانه في معنى التعليق. ولو كان معاوضة من الجانبين لجاز ذلك. ويرتّب على كونه معاوضة من جانب الزوجة:

١- أن تكون عالمة بمعنى الخلع وما يرتّب عليه من الالتزام وراضية في القبول وأهلاً للتبرع.

٢- إذا كان الإيجاب منها كاختلعت نفسي منك بألف دينار، فلها الرجوع قبل القبول ويبطل الإيجاب بترك أحدهما المجلس قبل القبول.

٣- يجوز لها أن تشترط لنفسها الخيار ثلاثة أيام فيكون لها في هذه المدة أن تختار فسخ الخلع فيلغو، وإن تختار إمضاءه فيلزم الخلع والطلاق.

للملكية<sup>(١)</sup>: وهم يرون أنّ الطلاق بعوض - ويسمى خلعاً عندهم - يعتبر معاوضة من الجانبين ويرتّب على ذلك من الأحكام ما يثبت على المعاوضات من موافقة الإيجاب للقبول، واقتصار الإيجاب على مجلسه، وجواز الرجوع قبل القبول... إلى آخر ما يروونه من أحكام للمعاوضة.

والخلع عندهم تطليقة بائنة كالحنفية. وإذا اشترط الزوج لنفسه حق الرجعة.. فلمالك فيه روايتان: رواهما ابن وهب:

الأولى: يصح الشرط. واختارها سحنون وعللها بأن الاتفاق قد تم على طلقة رجعية مقابل عوض، فيجوز العمل بمقتضى الاتفاق.

والثانية: شرط باطل لانه مخالف لمقتضى العقد وهو البينونة، لأنها لم تبذل العوض الا لتخلصها من الزوج فثبتت الرجعة ينافي ذلك.

الشافعية<sup>(٢)</sup>: اختلف الرأي لدى الشافعية في تكييف الخلع، ومنشأؤه، اختلافهم في أنّ الفرقة بالخلع طلاق ام فسخ، فاذا قلنا أنه فسخ فهو معاوضة محضة من الجانبين، إذ لا مدخل للتعليق فيها ويرتّب على ذلك:

١- للموجب حق الرجوع قبل القبول، لأنّ هذا شأن المعاوضات.

(١) راجع شرح الخرشي ١٢/٤ وما بعدها. تفسير القرطبي ١٤٥/٣ وما بعدها. الشيخ علي الخفيف فرق الزواج ص ١٤٠.

(٢) راجع نهاية المحتاج ٣٩٧/٦ وما بعدها. مغني المحتاج ٢٦٨/٣ وما بعدها. المذهب ٧٢/٢.

٢ - يشترط القبول في المجلس باللفظ أو ما يقوم مقامه من الإشارة أو الكتابة بالنسبة لمن لا يقدر على النطق، فلا يصح القبول بالفعل فقط كتقديم العوض المتفق عليه.

٣- لا يحدث بين القبول والإيجاب ما يشعر بالأعراض.

٤- مطابقة الإيجاب للقبول.

وإذا قلنا بأنه طلاق فتختلف أحكامه في حالة كون الإيجاب من الزوج عما إذا كان من الزوجة:

أ - فإذا كان الإيجاب من الزوج وكان منجزاً كطلقتك على مائة دينار، فتسري عليه أحكام المعاوضات المذكورة آنفاً. وإن كان الإيجاب منه بصيغة تعليق في الإثبات كمتى أبرأتني من دينك كذا فانت طالق، فإنه تعليق محض من جانبه ولا نظر فيه إلى شبهة المعاوضة، فيقع الطلاق عند تحقق الصفة المعلق عليها. ويترتب عليه ما يلي:

١- لا رجوع له كالتطبيق الخالي عن العوض.

٢- لا يشترط فيه القبول لفظاً لأن الصيغة لا تقتضيه.

٣- لا يشترط فعل المحلوف عليه من الزوجة فوراً إذا كان التعليق مما يدل على العموم كمتى، ومتى ما، وكلما... بخلاف (إن) فإن التعليق به يقتضي الفورية وفي (إذا) خلاف سبق.

ب - وإن كان الإيجاب من الزوجة سواء كان تعليقاً أو تنجيذاً كطلقتني على مائة دينار أو إذا تطلقني أعطيتك مائة دينار، فأجاب الزوج فوراً فهو معاوضة من جانبها فيها شوب جعالة: معاوضة لأنها تلتزم بدفع عوض مقابل إنهاء رابطتها الزوجية، وفيها شوب جعالة لأنها تبذل المال مقابل ما يستقل به الزوج وهو الطلاق، كالعامل في الجعالة. ويترتب على ذلك ما يلي:

١- لها الرجوع قبل الجواب لأن هذا حكم المعاوضات والجعالات.

٢- تشترط الفورية للجواب تنجيذاً كان إيجابها أم تعليقاً، وذلك تغليبا للمعاوضة من جانبها على التعليق. إلا إذا صرحت في إيجابها بما يدل على التراخي.

٣- مطابقة الإيجاب والقبول.

وإذا اشترط الزوج في الخلع أن يكون له حق الرجعة فللشافعية فيه ثلاثة آراء:

١. رأي يقع الطلاق رجعياً فعلى الزوجة رد العوض لان المال والرجعة متنافيان فيتساقطان ويبقى الطلاق على أصله وهو كونه رجعياً<sup>(١)</sup>.

٢. وفي رأي لا يقع إذا كان بدل الخلع الإبراء من مهرها أو دينها، لانه لا سبيل لوقوع الخلع الا بصحة البراء، وصحتها تستلزم البينونة في تنافي وقوعه رجعياً.

٣. وفي رأي ثالث يقع باتنا ويكون البديل مهر المثل بناء على أن الشرط إذا افسد العوض فهو لا يفسد الخلع.

الحنابلة<sup>(٢)</sup>: اختلفت الرواية عن احمد في الخلع، ففي احدى الروايات أنه فسخ، والرواية الثانية أنه طلاقه بآئنة. وعنه بلفظ الخلع والمفادات. والفسخ: فسخ لا ينقص به عدد الطلاق، وعنه أن نوى بهن الطلاق فهو طلاق والا فهو فسخ. قال صاحب المحرر<sup>(٣)</sup> وهو الأصح. وينبغي على ذلك:

أ - إذا كان الإيجاب منجزاً يكون الخلع معارضة من الجانبين ويترتب عليه:

١- جواز رجوع كل من إيجابه قبل قبول الآخر.

٢- يجب أن يكون القبول في مجلس الإيجاب، أو مجلس العلم به.

٣- يجب موافقة الإيجاب للقبول.

ب - وإذا كان في صورة التعليق على القول بصحته في الخلع:

١- لا يجوز للزوج الرجوع قبل قبول الزوجة.

٢- لا يتقيد القبول بالمجلس.

٣- يجب موافقة الإيجاب والقبول.

الجعفرية<sup>(٤)</sup>: يرى فقهاء الجعفرية أن الخلع ازالة قيد النكاح بفدية من الزوجة من أفرادها بكراتها، فان كانت الكراهة من الجانبين فالفرقة تسمى مبارأة، وفي الحالتين يجب أن يقع

(١) جاء في الاشباه والنظائر ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط فلو قال طلقك بألف على أن لي الرجعة سقط قوله بألف ويقع رجعياً لان المال يثبت بالشرط والرجعة بالشرع فكان أقوى.

(٢) راجع منتهى الارادات ٢٣٨/٢. المفني والشرح الكبير ٢٠٠/٨.

(٣) راجع المحرر ٤٥/٢.

(٤) راجع شرائع الاسلام ٥٣/٢ وما بعدها.

على وجه المعاوضة المحضة بين الجانبين، حيث لا يجوز فيه التعليق على رأيهم، فتسري فيه أحكام المعاوضات .

وذهب أكثر فقهاءهم الى أن الخلع طلاق بائن. جاء في مستدرك الوسائل<sup>(١)</sup> طلاق المختلعة بائن لا رجعة فيه. وجاء في الروضة البهية<sup>(٢)</sup> (الخلع طلاق بعوض مقصود لازم لجهة الزوج) وهذا مبني على أنه يشترط عندهم أن يتبع الخلع بالطلاق، أما إذا لم يتبع به فقال بعضهم أنه فسخ<sup>(٣)</sup>.

ولو اشترط الزوج لنفسه حق الرجعة بطل الشرط، لأنه يخالف للسنة المستفيضة، ولكن للزوجة حق الرجوع في البذل في العدة، فعندئذ يصح للزوج الرجعة. وقال العاملي<sup>(٤)</sup>: وإذا تم الخلع فلا رجعة للزوج قبل رجوعها في البذل، وللزوجة الرجوع ما دامت في العدة إذا كانت ذات عدة، فلو انقضت عدتها أو لم يكن لها عدة كغير المدخول بها والصغيرة واليائسة، فلا رجوع لها مطلقا، فإذا رجعت حيث يجوز لها الرجوع، صار الطلاق رجعيا يترتب عليه أحكامه.

الزيدية<sup>(٥)</sup>: قسم علماء الزيدية الخلع الى قسمين:

أ - الخلع بعقد وهو عقد بين الزوجين على حل عقدة النكاح ببذل تدفعه الزوجة لزوجها وتسري عليه أحكام المعاوضة:

١ - لا بد فيه من الإيجاب والقبول. وفي المجلس ومطابقتها

٢ - بالنسبة لجواز الرجوع إذا كان الإيجاب من الزوج، لا يجوز له ذلك قبل قبول الزوجة. لأنه لا يجوز له الرجوع عن الطلاق. وتروى الأمام يحيى في ذلك لما فيه من معنى المعاوضة. وإذا كان الإيجاب منها فلها حق الرجوع لأن الخلع بالنسبة اليها معاوضة.

ب - الخلع بشرط. وهو أن يعلق إيجابه على حصول أمر فلا يعتبر فيه قبولها باللفظ قبل حصول الشرط.

(١) مستدرك الوسائل ٣/٣٥. الخلاف للطوسي ٢/٢١٥. الكافي ٦/١٤٤.

(٢) الروضة البهية ٢/١٦٣.

(٣) راجع المختصر النافع ص ٢٢٧.

(٤) راجع الروضة البهية المرجع السابق.

(٥) راجع التاج المذهب ٢/١٧٤. وما بعدها. الروض النضير ٤/١٦٧ وما بعدها. البحر الزخار ٢/١٧٩ وما بعدها. المنتزع المختار ٢/٤٣٨ وما بعدها.

وصورته كان يقول أن أو متى أعطيتني كذا فانت طالق، أو أن تقول هي أن طلقيني فلك كذا. فإذا كان الإيجاب منه:

- ١- لا يقع الا بعد تحقق الشرط، وفي رواية عن الأمام يحيى يجب وجود الشرط في مجلس الإيجاب، وفي رواية ثانية وعليه الجمهور لا يشترط ذلك.
- ٢- لا يحق له الرجوع كالتعليق بلا عوض. وإذا كان الإيجاب منها فالخلع من جانبها معاوضة وتمليك ولها حق الرجوع قبل القبول.

#### الفرق بين الخلعين:

١. لا بد في الخلع بعقد من القبول في مجلس الإيجاب أو مجلس العلم به بخلاف الخلع بشرط.
٢. في الخلع بعقد يشترط نشوز الزوجة وقت القبول وفي الشرط وقت الشرط.
٣. في الخلع بعقد تلحقه الاجازة فلو قام بالإيجاب عن أحدهما فضولي وأجازه من له الاجازة فقبله الآخر وقع الطلاق.
٤. في الخلع بعقد يصح الرجوع للملتزم العوض قبل القبول سواء كان زوجة أم غيرها، ولا يصح ذلك للزوج. أما في الخلع بشرط فلا رجوع مطلقا.

#### شرط الرجعة:

لا يجوز هذا الشرط عند الزيدية لانه خلاف مقتضى العقد وهو البينونة. والخلع بقسميه طلاق بائن عندهم يمنع الرجعة الا بعقد جديد<sup>(١)</sup>.  
الظاهرية<sup>(٢)</sup>: الخلع عندهم عقد بين الزوجين يجب أن تتوافر فيه شروط وأحكام عقود المعاوضات من حيث التراضي، وموافقة الإيجاب والقبول في المجلس... ولا يجوز التعليق فيه لان كل تعليق في الطلاق والخلع مبطل.  
والخلع عندهم طلاق رجعي فإذا راجعها بعد الخلع وهي في العدة فعليه أن يرد العوض لها كاملا، الا إذا اشترط عليها حين الخلع سقوط حقها في الاسترداد، فعندئذ يصح الشرط فلا يحق لها المطالبة به.

(١) راجع التاج المذهب المرجع السابق ١٩٣/٢. البحر الزخار المرجع السابق.

(٢) راجع المحلى ٢٣٠/١٠ وما بعدها.

الاباضية<sup>(١)</sup>: الخلع اتفاق بين الزوجين بإيجاب وقبول، فلا يصح مع عدم التراضي، ويشترط موافقة الإيجاب والقبول. وفي التقيد بالمجلس خلاف. جاء في شرح النيل<sup>(٢)</sup> "وان إبراته منه فقام ولم يقبل ثم قبل فالأكثر على جوازه، وقيل بالمنع بعد المجلس وعليه فلا يكون ذلك فداء، والصحيح هو الأول. وان رجعت قبل أن يقبل فلا قبول له بعد. وقيل له. وإذا قام ولم يقبل فقبل يُجبر على أن يقبل أو يرده وقيل فاته القبول.

والفرقة بالخلع طلاق بائن عندهم إذا كان على عوض، لكن إذا اتفق الزوجان في العدة على المراجعة صح الاتفاق وعادت الزوجية، إذا لم تكن الطلقة الثالثة أو قبل الدخول، والا فلا رجعة. ويشترط لصحة الرجعة رضا الزوجة وقبولها وحضور شاهدين، ولم يشترطوا رضاها في رجعة الطلاق، لان الخلع وقع بهما فيجب أن يكون الرجوع بهما أيضا.

### الاستنتاج والترجيح:

نستنتج من العرض المذكور أن منشأ خلاف الفقهاء في تكييف الخلع هو الاختلاف في تفسير نصوص أحكام الخلع، والتعارض الظاهر بين بعض ما روى من الأحاديث، واستخدام القياس.

فمن قال: الخلع فسخ تملك بالأدلة التالية:

١- لو كان الخلع طلاقا لصارت التطبيقات أربعة: اثنان في قوله تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾، والثالثة في قوله تعالى ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾. ورابعة في قوله تعالى ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾.

٢- ما روى عن النبي ﷺ من أنه: ((امر المختلعة أن تعتد بحيضة واحدة))<sup>(٣)</sup>. قال الخطابي من الحنابلة: أنه أقوى دليل لمن قال الخلع فسخ وليس بطلاق<sup>(٤)</sup>.

(١) راجع شرح النيل ٤٨٣/٣.

(٢) المرجع السابق.

(٣) (عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تعتد بحيضة) (البخاري: ١١٠٦)

(٤) تفسير القرطبي ١٤٣/٣. أحكام القرآن للجصاص ٩٤/٢. سبل السلام ٢٢٠/٣.



٣- ما روى عن ابن عباس رضي الله عنه من أنه قال له رجل اختلع زوجته بعد تطليقتين: هل يحل له زواجها بعقد جديد دون أن تتزوج زوجها غيره؟ قال: (نعم ينكحها فان الخلع ليس بطلاق) <sup>(١)</sup>.

٤- قياس النكاح على البيع لانه عقد محتمل للفسخ كعقد البيع يفسخ بالاقالة) <sup>(٢)</sup>.  
ومن قال: أن الخلع طلاق بائن استدل بما يلي:

١- قوله تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ افاد حكم الاثنتين إذا أوقعهما على غير وجه الخلع، واثبت معهما الرجعة بقوله تعالى ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ﴾ ثم ذكر حكمهما إذا كانتا على وجه الخلع وابان عن موضع الخطر والاباحة فيهما، والحالة التي يجوز فيها اخذ المال أو لا يجوز، ثم عطف على ذلك ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا...﴾ فعاد المعطوف الى الاثنتين المتقدم ذكرهما على وجه الخلع تارة، وعلى غير وجه الخلع اخرى <sup>(٣)</sup>.

٢- روى عن عمر بن الخطاب، وعلي بن ابي طالب، وابن مسعود (رضي الله عنهم) موقوفا عليهم ومرفوعا الى رسول الله ﷺ: ((الخلع تطليقه واحدة)).

٣- النكاح لا يقاس على عقد آخر قابل للفسخ لان له طبيعة خاصة تتعلق بحياة الاسرة فاذا تم لا يحتمل الفسخ.

### ثمرة الخلاف:

١- الطلاق لا ينهي رابطة الزوجية حالا إذا كان رجعيًا وانما بعد انتهاء العدة، بخلاف الفسخ فانه ينهي الرابطة فوراً في جميع اشكاله.

٢- الطلاق لا ينقض العقد من اصله باثر رجعي وانما هو إنهاء للزوجية منذ لحظة وقوعه، بخلاف الفسخ فانه لا يقرر الحقوق المترتبة على الفرقة كتشطر المهر قبل الدخول.

٣- إنهاء علاقة الزوجية بالطلاق لا يرجع الى وجود خلل في الزواج بخلاف الفسخ.

٤- عدة الفسخ حيضة واحدة عند بعض الفقهاء بخلاف الطلاق <sup>(٤)</sup>.

(١) سبل السلام ٢٢٠/٣.

(٢) المبسوط للسرخسي ١٧١/٦.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٩٦/٢.

(٤) تفسير القرطبي ١٤٤/٣ - ١٤٥.

٥- الفسخ لا ينقص عدد الطلقات، فمن خالع زوجته بعد تطليقتين له أن يتزوجها وإن لم تنكح زوجها غيره، بناء على اعتبار الخلع فسخا كما سبق بيان ذلك في فتوى ابن عباس.

### الترجيح:

القول الراجح هو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من أن الخلع طلاق بائن لما يلي:

١- أن مقتضى الافتداء يجب أن يكون طلاقاً بائناً، لأن حقيقة الافتداء في قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ هو الاستنفاذ والاستخلاص، كافتداء الأسير بالبدل، فلو كان الطلاق رجعياً للزم صرف لفظ الفدية عن حقيقته دون موجب، وهذا لا يجوز بالاتفاق.

٢- الباعث الدافع الى مشروعية الخلع غالباً هو رفع النشوز القائم من الزوج أو الزوجة أو كليهما، والحذر من التقصير في إقامة حدود الله، وهذا ما لا يمكن تحقيقه الا باعتبار الخلع طلاقاً بائناً يسد الباب بوجه الزوج من الرجعة والدخول في جحيم المرأة مرة أخرى.

٣- الفسخ أمّا يعني الغاء العقد ورجوع الطرفين الى ما كانا عليه قبله لقيام خلل فيه، فهذا لا يكون بالنسبة لزواج تم وتوفرت أركانه وشروطه.

وإما أن يقصد به الاقالة باستعادة كل من الطرفين ما قبضه الآخر استعادة خالية عن الزيادة والنقص، وهذا ما لم يشترط أحد من الفقهاء بالنسبة الى الخلع.

٤- القول بان الخلع أن اعتبر طلاقاً للزم أن تكون الطلقات أربعاً، مردود بان المقصود من قوله تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ هو أن (الطلاق) الذي تحل له الزوجة بعده بالرجعة - كما في حالة كونه رجعياً - أو بالعقد الجديد - في حالة كونه بائناً، والطلاق الثالث (أي للمرة الثالثة) مأخوذ من قوله تعالى ﴿أَوْ تَسْرِعَ بِإِحْسَانٍ﴾ أي: أو تطليق بمصروف، وقوله تعالى ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَفْقَهَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ راجع الى الطلقات الثلاث، أي الطلاق في كل مرة، كما يكون بدون مقابل يجوز أن يكون بمقابل وهوض، وهذا ما يسمى الخلع، وقوله تعالى ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ

مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ<sup>(١)</sup> بيان لحكم الطلاق الثالث في المرة الثالثة، ومن الخطأ أن يقال أن الطلاق الثالث يؤخذ من هذه الآية كما في الخلع.

## موقف القانون من الخلع:

أقرت قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية والإسلامية مشروعية الخلع أخذاً بما هو مقرر في الشريعة الإسلامية مع الاختلاف في بعض التفاصيل كما يلي:

**القانون العراقي:**

بيّن المشرع العراقي بعض أحكام الخلع في المادة (٤٦) من قانون الأحوال الشخصية المعدل تحت عنوان (التفريق الاختياري) في الفقرات التالية:

١. الخلع ازالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه، وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي، مع مراعاة المادة (٣٩) من هذا القانون<sup>(٢)</sup>.

٢. يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج اهلاً لايقاع الطلاق وان تكون الزوجة حلاً له. ويقع بالخلع طلاق بائن.

٣. للزوج أن يخالف زوجته على عوض أكثر أو أقل من مهرها.

يبدو من هذا القانون أنه أخذ برأي الحسن البصري وابن سيرين وسعيد بن جبير في أن الخلع يجب أن يكون أمام القاضي، ولكن لم يعتبر ذلك شرطاً لصحته.

واختار المشرع العراقي رأي الجمهور في أن الخلع طلاق بائن، واتبع مذهب الظاهرية في أن بدل الخلع ليس له حد معين. وحسناً فعل في الاختيارين.

**المصري:**

لم يأت بشيء من أحكام الخلع سوى ما جاء في المادة (٥)<sup>(١)</sup> من أن الطلاق على مال طلاق بائن.

<sup>(١)</sup> (فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا أَنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ) (البقرة: ٢٣٠).

<sup>(٢)</sup> نص المادة (٣٩):

١- على من أراد الطلاق أن يقدم الدعوى في المحكمة الشرعية يطلب ايقاعه واستحصال حكم به فإذا تعذر عليه مراجعة المحكمة وجب عليه تسجيل الطلاق في المحكمة خلال مدة العدة.

٢- تبقى حجة الزواج معتبرة الى حين ابطالها من المحكمة.

### السوري:

عاج المشرع السوري بعض أحكام الخلع في المواد (٩٥-١٠٠). فاشتراط في المختلعة سن الرشد (٩٥م) وأقر حق الرجوع لكل من الطرفين قبل قبول الآخر (٩٦م). وبين أن كل ما صح التزامه شرعا صح أن يكون بدلا للخلع (٩٧م). وأجاز الخلع على المهر وغيره وعلى التنازل عن الحقوق (٩٨م). وأخذ بالرأي القائل بوقوع طلاق رجعي عند خلو الخلع من العوض (١٠٠م).

### التونسي:

قسّم المشرع التونسي الطلاق الى قسمين: الطلاق القضائي وهو لا يكون الا أمام القضاء ولمبرر. والطلاق الرضائي يتم بتراضي الطرفين (الفصل ٣١). ولم يحدد طبيعة هذا الاتفاق ولم يبين أحكامه. ولكن الذي يلاحظ عليه هو أنه أقر عدم وقوع الطلاق ما لم يتم لدى المحكمة وبإشراف القاضي. فهذا الشرط وإن قال به بعض الفقهاء بالنسبة الى الخلع كما ذكرنا، إلا أنه غير وارد في الاسلام بالنسبة للطلاق مجانا.

### المغربي:

للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع (الفصل ٦١). تحال الرشيعة عن نفسها، والتي دون سن الرشد القانوني إذا خولعت وقع الطلاق ولا تلزم ببذل الخلع إلا بموافقة وليّ المال. (الفصل ٦٢). يشترط لاستحقاق الزوج ما خولع به أن يكون خلع المرأة اختيارا منها لفراق الزوج من غير اكراه ولا ضرر. (الفصل ٦٣).

كل ما صح التزامه شرعا صح أن يكون بدلا في الخلع. (الفصل ٦٤). لا يجوز الخلع بشيء. تعلق به حق الأولاد إذا كانت المرأة معسرة (الفصل ٦٥).

### الجزائري:

إذا اشتدّ الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر من الزوج وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما وللزوجة في هذه الحالة أن تعرض الخلع، وعلى الحكّمين أن يقدّما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين (م ٤٦).

### الأردني:

يعتبر القانون الاردني اكثر القوانين تنأولا وايضاحا لأحكام الخلع في المواد (١٠٢-١١٢)<sup>(١)</sup> كما يلي:

يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلا لايقاع الطلاق والمرأة حلاً له.

(م ١٠٢/أ) المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا اختلعت لا تلزم ببذل الخلع الا بموافقة ولي المال (م ١٠٢/ب) إذا بطل البذل وقع الطلاق رجعيا ولا يجب للزوج على زوجته في مقابل هذا الطلاق البذل المتفق عليه (م ١٠٢/ج).

لكل من الطرفين الرجوع عن ايجابه في المخالعة قبل قبول الآخر (م ١٠٣).

### بذل الخلع:

كل ما صح التزامه شرعا صلح أن يكون بدلا في الخلع (م ١٠٤).

تصح المخالعة على المهر وفيه:

إذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم اداؤه، وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر ونفقة الزوجية (م ١٠٥).

عدم التسمية في المخالعة:

إذا لم يسم المتخالعان شيئا وقت المخالعة برىء كل منهما من حقوق الآخر المتعلقة بالمهر والنفقة الزوجية (م ١٠٦).

عند نفي البذل:

إذا صرح المتخالعان بنفي البذل كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ووقعت بها طلاق رجعية (م ١٠٧).

لا تسقط نفقة العدة الا بالنص عليها في المخالعة:

نفقة العدة لا تسقط الا إذا نص عليها صراحة في عقد المخالعة (م ١٠٨).

رجوع الزوج على الزوجة ببذل الخلع:

إذا اشترط في المخالعة اعفاء الزوج من اجرة ارضاع الولد أو حضانتها أو اشترط امساكها له بلا اجرة مدة معلومة، أو أنفاقها عليه،

(١) قانون الاحوال الشخصية رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦.

فتزوجت أو تركت الولد أو ماتت: يرجع الزوج عليها بما يعادل أجره إرضاع الولد، وحضانتها، ونفقتة عن المدة الباقية. أما إذا مات الولد فليس للأب الرجوع عليها بشيء من ذلك عن المدة الواقعة بعد الموت (م١٠٩).

إذا كانت الأم المخالعة معسرة وقت المخالعة أو أعسرت فيما بعد يجبر الوالد على نفقة الولد وتكون ديناً له على الأم (م١١٠).

إذا اشترط الرجل في المخالعة امساك الولد عنده مدة الحضانة، صحت المخالعة وبطل الشرط وكانت لحاضنته الشرعية أخذه منه، ويلزم أبوه بنفقتة فقط أن كان الولد فقيراً (م١١١).

#### لا تقسم نفقة الصغير من الدين:

لا يجري التقاضي بين نفقة الولد المستحقة على أبيه ودين الأب على حاضنته (م١١٢). ويتبين من نصوص القوانين المذكورة ومن مقارنتها بآراء فقهاء الشريعة: أن المشرع في البلاد العربية لم يتقيد بمذهب معين من المذاهب الفقهية الإسلامية. وهذا الاتجاه هو الصحيح لعدم وجود نص في القرآن الكريم أو السنة النبوية يدل على الالتزام بمذهب معين، ولأن هذه المذاهب هي تفاسير فقهية لنصوص الشريعة الإسلامية وأحكام شرعية متفرعة من أصل واحد وهو القرآن الكريم وسنة الرسول العظيم ﷺ.

## الفصل السادس

### مدى سلطان الإرادة في التفريق قضاء

حاولت في عرض هذا الموضوع الخطير اتباع اسلوب جديد، فان كنت مصيبا فمن الله فله الحمد وله الشكر، وان كنت مخطئا فهو منى أستغفره أنه غفور رحيم.

والذي دفعني الى هذا الاختيار هو ما يلي:

- ١- جميع الأسباب التي بحث منذ قيام المدارس والمذاهب الفقهية، والتي سوف تبحث من حيث اعتبارها مبررات للتفريق، كلها ترجع الى سبب واحد وهو (الضرر).
- ٢- استعراض الخلافات الفقهية ونقاش كل ما قيل قديما وحديثا، وإحصاء الأسباب المبررة في نظر كل فقيه، وتمييز ما يبيع طلب التفريق بما لا يسمح به... لا يمكن أن يقدم كل ذلك للقضاء في العالم الاسلامي خدمة فعلية ولا يزيد من التشريعات الوضعية المأخوذة من الفقه الاسلامي سوى زيادة شقة الخلاف.
- ٣- غياب معيار دقيق لما يعتبر سببا وما لا يعتبر، جعل المشرعين في البلاد الاسلامية أن يتبعوا أسلوب التعديلات المتوالية لقوانين الاحوال الشخصية، وان يقدموا بين أونة وأخرى قائمة جديدة بأسباب التفريق كما فعل ذلك المشرع العراقي خلال السنوات المنصرمة القريبة.
- ٤- والذي يتفق مع روح الشريعة الاسلامية هو البحث عن الضرر وعن منشأ وترك تعداد الأسباب لعدم الجدوى في ذلك ما دامت الحياة تتطور، والمشاكل المعقدة والأمراض المضرة تتجدد.

٥- المعيار الدقيق لاعتبار كل سبب مبرراً للتفريق هو كونه منشأً لضرر يكدر صفوة الحياة الزوجية بحيث يقتنع الزوجان والحكام والقضاء بأنه لا سبيل لازالته سوى التفريق.

٦- السند الشرعي الذي يقرر الأخذ بفكرة الضرر في التفريق القضائي هو القرآن الكريم في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾. وسنن الرسول ﷺ منها قوله ((لا ضرر ولا ضرار في الاسلام)).<sup>(١)</sup>

٧- ليس كل ضرر يكون التفريق هو السبيل الوحيد لازالته، لذا من الضروري عدم فتح باب التفريق على مصراعيه من قبل المشرع الوضعي. وعدم سماح القضاء بالتفريق لأسباب يمكن مواجهتها بطرق أخرى.

٨- عدم اعتبار الأسباب المبررة للتفريق الزامية للقاضي، بل يجب أن يمنح سلطة تقديرية مطلقة لاعتبار التفريق آخر علاج يلجأ إليه، مستفيداً من خبرته الطويلة، مستضيئاً بآراء الفقهاء النيرة، ومستعيناً في الإصلاح بجهود الحكّمين والباحثة الاجتماعية.

٩- الاستقراء التام يقضي بأن الأسباب المبررة للتفريق تنقسم الى قسمين: الارادية كالشقاق وعدم الانفاق، واللا ارادية كالعاهات والأمراض. وكل منهما إما أن يختص بأحد الزوجين كالعنة والرتق أو لا كالجنون.

انبعاثاً من هذه الحقيقة أوزع دراسة هذا الموضوع من الناحية الشكلية على ثلاثة مباحث يتناول الأول نماذج من الأسباب اللا ارادية، ويتضمن الثاني بعضاً من الأسباب الارادية، مع بيان ما يتعلق بهذه الأسباب من الاختلاف في الشروط والآثار حسب اختلاف طبيعة السبب. وأخصّص الثالث لبيان موقف القانون في بعض البلاد الاسلامية.



## المبحث الأول

### التفريق للضرر اللا إرادي

المقصود من الضرر اللا إرادي هو ما لا يكون لارادة أحد الزوجين دخل في تكوين منشأه، لا مباشرة ولا تسببا، كالضرر الناشئ عن العلل والأمراض والعاهات والأمراض المنفردة.

واختلف فقهاء الشريعة في التفريق للضرر اللا إرادي على ثلاثة أقوال:  
(لا يجوز مطلقا، يجوز مطلقا، يجوز للزوجة فقط).

ومنشأ خلافهم غياب نص صريح يدل على جواز التفريق للضرر الذي منشأه غير إرادي.

فمن قال. بعدم الجواز تَمَسَّكَ بعدم وجود النص، بل قال بوجود نصوص تؤيد دوام الزواج وعدم التفريق.

ومن قال بالجواز مطلقا استند إلى القواعد الشرعية العامة منها: ((لا ضرر ولا ضرار في الإسلام)).

كما إستدل بالقياس على خيار العيب في البيع، ويقول الصحابي أيضا بناء على أنه حجة.

ومن فرّق بين الزوج والزوجة قال: أن التفريق استثناء من قاعدة عدم أنتهاء الزواج إلا بالموت أو الطلاق، والاستثناء يكون للضرورة، والضرورات تقدر بقدرها، فما دام الزوج يملك سلطة الطلاق فلا ضرورة بالنسبة إليه.

### القول الأول - المنع مطلقا:

فلا يحق لأحد الزوجين أن يطلب التفريق قضاء بحجة قيام الضرر كما لا يجوز للقاضي استجابة هذا الطلب.

وقد تبنى هذا الاتجاه فقهاء الظاهرية<sup>(١)</sup> وبعض الزيدية.

واستدلوا بأدلة أهمها ما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾<sup>(٢)</sup>. فالضرر اللا ارادي ليس في وسع

الانسان وغير خاضع لارادته واختياره فلا يحاسب عليه بمقتضى هذه الآية.

٢- الزواج الصحيح يثبت بكتاب الله والسنة، ومن فرق بينهما بغير الكتاب والسنة

يسري عليه حكم قوله تعالى: ﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ﴾<sup>(٣)</sup>.

٣- عدم وجود سابقة قضائية عن الرسول ﷺ مع عرض مثل هذه القضايا عليه منها

قضية زوجة عبد الرحمن بن الزبير الذي كان مصابا بالعنة ومع ذلك لم يفرق

بينهما<sup>(٤)</sup>.

٤- من الضرورات الدينية أن الزواج الصحيح لا ينتهي الا بالطلاق أو الموت، فلا يوجد

نص صريح على جواز أنها علاقة الزوجية بغيرهما<sup>(٥)</sup>.

<sup>(١)</sup> قال ابن حزم (المحلّى ٥٨/١٠): (ومن تزوج امرأة فلم يقدر على وطنها مرة أو مرارا أو لم

يطأها قط فلا يجوز للحاكم ولا لغيره أن يفرق بينهما). وقال ايضا (المرجع السابق ١٠٩/١):

(لا يفسخ النكاح بعد صحته بجذام حاد ولا بمرض، ولا بجنون، ولا بان يجد بها شيئا من

هذه العيوب، ولا بأن تجده مي كذلك، ولا بعنانة ولا بداء فرج ولا بشيء من هذه العيوب).

<sup>(٢)</sup> ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا أَنْ نَسِينَا أَوْ

أَخْطَا نَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إَصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ

لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَاعْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ) (البقرة: ٢٨٦).

<sup>(٣)</sup> ﴿وَاتَّبَعُوا مَا تَتْلُو الشَّيَاطِينُ عَلَى مُلْكٍ سَلِيمٍ وَمَا كَفَرَ سَلِيمَانٌ وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا يُعَلِّمُونَ

النَّاسَ السِّحْرَ وَمَا أُنْزِلَ عَلَى الْمَلَكَيْنِ بِبَابِلَ هَارُوتَ وَمَارُوتَ وَمَا يُعَلِّمَانِ مِنْ أَحَدٍ حَتَّى يَقُولَا إِنَّمَا

نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ وَمَا هُمْ بِضَارِّينَ بِهِ مِنْ

أَحَدٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ وَيَتَعَلَّمُونَ مَا يَضُرُّهُمْ وَلَا يَنْفَعُهُمْ وَلَقَدْ عَلِمُوا لَمَنِ اشْتَرَاهُ مَا لَهُ فِي الْآخِرَةِ مِنْ

خَلَقٍ وَلَيْسَ مَا شَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ) (البقرة: ١٠٢).

<sup>(٤)</sup> خلاصة القضية: أن زوجة عبد الرحمن التي تزوجها بعد أن طلقها رفاة قالت للنبي ﷺ أنه ما

معه الا مثل هذه الهدية. وأخذت هدية من جلبابها فتبسم الرسول وقال: لعلك تريدان أن

ترجمي الى رفاة؟ لا حتى تذوقي عسلية ويذوق عسيلتك. هذا الكلام كناية عن الدخول.

قال ابن حزم (٥٨، ١٠٩/١٠): (هذه المرأة شكت الى النبي و ارادت مفارقتها فلم يشكها ولا اجل لها

شيئا ولا فرق بينهما).

<sup>(٥)</sup> بعد أن استعرض الشوكاني (نيل الأوطار ١٧٨/٦) آراء الفقهاء قال: ومن أمعن النظر لم يجد

في الباب ما يصلح للاستدلال به على الفسخ بالمعنى المذكور عند الفقهاء).

### مناقشة هذه الأدلة:

- ١- قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ حجة عليهم لا لهم، لأن الله لا يكلف الزوج المتضرر من الزوج الآخر أن يصبر على ضرر لا يستطيع استمرار الحياة الزوجية معه.
- ٢- التفريق بالضرر عمل بالكتاب والسنة قال تعالى ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾<sup>(١)</sup>. وقال الرسول ﷺ: ((لا ضرر ولا ضرار في الاسلام)). وقوله تعالى: ﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ﴾ ورد بشأن التفريق عن طريق الدجل والسحر...
- ٣- زوجة عبد الرحمن لم تطلب التفريق والا لقضي به الرسول، لأن من مهمته ازالة الضرر ورفع الظلم، وكان سؤالها عن حكم رجوعها الى الزوج الأول إن طلقها عبد الرحمن بقرينة قوله ﷺ: ((لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك -اي حتى يتم الدخول-))<sup>(٢)</sup>
- ٤- الاستصحاب الذي استندوا اليه يتعارض مع نص (لا ضرر ولا ضرار) وامثاله. ومن القواعد اصولية: أن الاستصحاب لا يعمل به الا عند عدم وجود النص، واذا تعارض معه يقدم عليه النص.

وجاء في الروضة الندية (٣٢/٢): ( فاعلم أن الذي ثبت بالضرورة الدينية هو أن عقد النكاح لازم يثبت به أحكام الزوجين وثبت بالضرورة أن يكون الخروج منه بالطلاق أو الموت. وما ذكروه من العيوب لم يأت في الفسخ بها حجة نيرة ولم يثبت شيء منها.

<sup>(١)</sup> وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مَلَّةً أَيْبِكُمْ إِبْرَاهِيمَ هُوَ سَمَّاكُمُ الْمُسْلِمِينَ مِنْ قَبْلُ وَفِي هَذَا لِيَكُونَ الرَّسُولُ شَهِيدًا عَلَيْكُمْ وَتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ فَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَاعْتَصِمُوا بِاللَّهِ هُوَ مَوْلَاكُمْ فَنِعْمَ الْمَوْلَى وَنِعْمَ النَّصِيرُ (الحج: ٧٨).

## القول الثاني جواز التفريق بالضرر اللا ارادي:

ذهب جمهور المالكية، والشافعية، والحنبلة، والجعفرية، وجمهور الزيدية، والاباضية: الى القول بجواز التفريق قضاء بالضرر الناشئ عن الامراض والعيوب اللا ارادية مع اختلافهم في التفصيل الآتي:

**المالكية:**

الامراض والعيوب المبررة للتفريق عندهم عددة منها: مشتركة كالجذام والبرص. ومنها خاصة بالزوج كالعنة<sup>(١)</sup>. ومنها تنفرد بها الزوجة كالرتق والقرن<sup>(٢)</sup>.

وهم بالاضافة الى الأخذ بفكرة تحديد الأسباب اشتراطوا توافر ما يلي:

١- أن يكون السبب موجودا عند العقد، فالاسباب الطارئة بعد الزواج - باستثناء الجذام البين والبرص المضر - لا تبرر التفريق<sup>(٣)</sup>.

٢- أن لا يكون الطرف السليم عالما بالسبب قبل العقد أو راضيا به بعده، فان علم بالعيب ورضي به بالقول أو الفعل فلا يحق له أن يطلب التفريق.

٣- أن يؤجل التفريق لمدة سنة من تاريخ طلبه في كل مرض يرجى شفاؤه.

وللمالكية بعد تحقق هذه الشروط قولان: أحدهما يطلقها القاضي نيابة عن الزوج أن ابي الطلاق. والثاني يامر القاضي الزوجة أن تطلق نفسها ثم يحكم به هو. والفرقة على كلا القولين طليقة بائنة<sup>(٤)</sup>.

### الشافعية:

أخذ فقهاء الشافعية بتحديد الأسباب وهي عندهم سبعة، منها مشتركة، كالجنون والجذام والبرص، ومنها مختصة بالزوج كالعنة والجلب<sup>(٥)</sup> ومنها تنفرد بها الزوجة كالرتق والقرن. واشتراطوا للتفريق بها الشروط التالية.

(١) العنة عدم القدرة على الاتصال الجنسي لضعف أو كبر سن أو مرض.

(٢) القرن بفتح القاف والراء غدة في مهبل الزوجة تمنع الاتصال الجنسي. والرتق بفتح التاء أنسداد أو التحام للجهاز التناسلي للزوجة يمنع المعاشرة الجنسية.

(٣) جاء في شرح الخرشي (٢/٢٣٥): (العيب الذي يوجب الخيار لأحد الزوجين على صاحبه شرطه أن يكون موجودا عند العقد أو قبله. فالطاريء بعده لا يوجب الخيار الا ما استثنى).

(٤) الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٣٣٧.

(٥) اي بان يكون الجهاز التناسلي للزوج مقطوعا.

- ١- أن يكون طلب التفريق بعد العلم بالعيب مباشرة، فكل تأخير دون العذر يسقط الحق قياساً على خيار العيب في البيع.
  - ٢- أن يكون التفريق بالعنة بعد تأجيل سنة من تاريخ الدعوى.
  - ٣- ثبوت السبب المدعى به لدى القاضي.
  - ٤- ألا تكون العنة حادثة بعد الدخول والا فلا تبرر طلب التفريق.
  - ٥- أن لا يكون كلاهما مجنونين، لأن التفريق لا يكون إلا بعد الطلب من أحد الزوجين والمجنون ليس أهلاً للطلب.
- وبعد تحقق هذه الشروط يتولى القاضي التفريق فان لم يوجد فالحكم وإلا فللزوجة حق الفسخ بنفسها للضرورة. والفرقة فسخ<sup>(١)</sup>.

#### الحنايلة:

لا خلاف عندهم في التفريق للعلل التناسلية المانعة من المعاشرة الزوجية، لكن إذا كان المانع موجوداً لدى الطرفين بأن يكون الزوج عنيماً والزوجة رتقاء، ففي أحد القولين لهم لا يفرق بينهما<sup>(٢)</sup>.

أمّا الأسباب الأخرى فلا خلاف أيضاً في التفريق بالمجنون والجذام والبرص. ولهم فيما عدا هذه الثلاثة رأيان: أحدهما وهو اختيار ابن تيمية وابن قيم يثبت حق طلب التفريق بكل مرض أو عارض يضرّ بالطرف الآخر دون تحديد<sup>(٣)</sup>.

#### وشروط التفريق بالأمراض والعلل عند الحنايلة هي:

- ١- أن يكون السبب موجوداً حين العقد ولا يعلم به الطرف السليم، فإذا حدث بعده فلهم قولان: أحدهما لا يجوز التفريق.
- ٢- في التفريق للعجز الجنسي يجب التأجيل سنة من رفع الدعوى.
- ٣- تقديم الطلب من المتضرر واقتناع القاضي بوجود الضرر<sup>(٤)</sup>.

(١) المهذب ٤٨/٢. الشرقاوي ٢٢٥٢. نهاية المحتاج ٣٠٢/٦.

(٢) المحرر ٢٤/٢.

(٣) زاد المعاد (٣١/٤) وفيه: (والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار. وما ألزم الله مضروراً قط ولا مغبوناً قط بما غرّ به وغبن به. ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه هذا القول وقربه من قواعد الشريعة).

(٤) منتهى الإرادات ١٨٨/٢. الاقناع ٧٨/٢.

### الجعفرية:

فقهاء الجعفرية كالجمهور حددوا العيوب المبررة للتفريق. قال العاملي: والعيوب المبررة لفسخ الزواج في الرجل خمسة: الجنون والخصاء والجبّ والعنة والجذام. وعيوب المرأة تسعة: الجنون والجذام والبرص والعمي والاقعاد والقرن والعفل والرتق والافضاء<sup>(١)</sup>. واشتروا بهذه العلل توفر ما يلي:

- ١- أن يكون الطلب بعد العلم بالعيوب فوراً والا فيسقط حقه.
- ٢- أن كان السبب عنة يجب ألا تكون طارئة بعد الدخول ولو كان الدخول مرة واحدة، ومع ذلك يجب تأجيل التفريق بها لمدة سنة من حين الترافع.
- ٣- في عيوب وامراض الزوجة إذا كانت طارئة بعد العقد لهم ثلاثة أقوال:  
 أ - لا خيار له في طلب التفريق مطلقاً تمسكاً باصالة العقد واستصحاباً لحكمه.  
 ب - له الخيار مطلقاً عملاً باطلاق بعض النصوص.  
 ج - ليس له بعد الدخول ويحق له الطلب قبله.  
 والتفريق عندهم يعتبر فسخاً<sup>(٢)</sup>.

### الزيدية:

الترموا جانب التحديد أيضاً فقالوا: العيوب المبررة لطلب التفريق أحد عشر. خمسة منها مشتركة بين الزوجين وهي: الجنون، والجذام، والبرص، والرق، وعدم الكفاءة. وثلاثة منها تقتصر بالزوجة وهي القرن والرتق والعفل. وثلاثة ينفرد بها الزوج وهي الجبّ والخصي والسّل<sup>(٣)</sup>. ولكن التفريق للعنة محل خلاف فمنهم من لم يرها سبباً للتفريق سواء حدثت قبل الدخول أو بعده.

وأخذ البعض منهم بعدم تحديد العيوب والأمراض، بل اعتبروا كل مضر بالطرف الآخر مجزئاً لطلب التفريق<sup>(٤)</sup>. كما ذهب إلى ذلك ابن تيمية وابن قيم.

(١) الروضة البهية ١٨٨/٢ وما بعدها. شرائع الإسلام ٣٠٠/٢-٣٢.

(٢) الروضة البهية ١٢٦/٢.

(٣) سل البيضتين مع بقاء الذكر.

(٤) جاء في المنتزع المختار (٢٢٩/٢): (قال القاضي حسين: أنها غير منحصرة بل كل مانع من توقيان النفس وكسر الشهوة فإنه يردّ به النكاح).

واشترط الزيدية للتفريق بالأسباب المذكورة توفر ما يلي:

- ١- أن لا يكون السبب طارئا بعد الدخول - باستثناء الجنون والجذام والبرص حيث لا فرق فيها بين القديم والحديث لخطورتها.
- ٢- أن لا يصدر من له حق الخيار ما يدل على الرضا، وبناء على ذلك يبطل حق طلب التفريق بما يلي:

أ - إذا علم بالسبب قبل العقد وسكت.

ب - إذا علم به بعد العقد ورضي به.

ج - إذا حصل الدخول أو الخلوة، أو مكنت نفسها له بعد علمها بعيبه فالدخول والخلوة يسقطان حق الزوج، وتمكين الزوجة يسقط حقها.

٣- إذا كانا معيين سواء كان العيبان متماثلين أو مختلفين فلا خيار لأي منهما.

وإذا توفرت هذه الشروط يفسخ الزواج بتراضي الطرفين دون اللجوء الى القضاء إذا كان العيب المبرر للتفريق متفقا عليه في المذهب.

فاذا لم يتم التفريق بالتراضي، أو كان السبب مختلفا فيه يحكم القاضي به. والفرقة للعلل سواء كانت بالتراضي أو بحكم القضاء فسخ عندهم<sup>(١)</sup>.

#### الاباضية:

ذهب فقهاء الاباضية الى أنه يثبت حق الخيار لكل من الزوجين إذا ثبت في الزوج الآخر مرض تناسلي أو سار أو منفر، وأخذوا أيضا بالتحديد بالجنون والجذام والجب والعنة، وقالوا: لا تفريق بغير ذلك من الامراض.

وبالإضافة الى التحديد اشترطوا توفر ما يلي:

١- أن يكون السبب موجودا قبل العقد، أما الطارىء بعده وبعد الدخول فلهم فيه قولان: أحدهما لا يكون مبررا.

٢- أن لا يرضى به الطرف الآخر بعد العلم به لكن لم يشترطوا الفور ولا كون طالب التفريق سالما من هذه الامراض.

وقالوا: أن حق طلب التفريق يبقى بعد شفاء المريض لان المصاب بالمرض الساري معرض لأن يرجع عليه. وكذلك لم يشترطوا حكم القاضي للتفريق<sup>(٢)</sup>.

(١) التاج المذهب ٦٦-٦٣/٢. المنتزع المختار ٢٣٩/٢.

(٢) شرح النيل وشفاء العليل ٢٤٩-٢٤٤/٣.

والفرقة عندهم فسخ.

هذا مجمل من تفصيل الجمهور الذين قالوا: بالتفريق للأمراض والعلل والأعراض المنفرة والعاهات المستديمة.

ويلاحظ عليهم بعض الملاحظات منها:

١- الأخذ بالتعدد وحصر الأمراض والعلل في بعض الألوان دون بعض يتعارض مع علة تشريع التفريق لتلك الأسباب، وهي إزالة الضرر، فالمفروض أن يدور الحكم مع علته وجوداً وعدمياً، فأينما وجد الضرر الذي لا يطاق يقضى بجواز التفريق، بغض النظر عن مصدر هذا الضرر.

٢- اعتبار الرضا بالعيب في يوم ما، أو التأخير في طلب التفريق، أو كون السبب طارئاً بعد العقد أو الدخول مسقطاً لحق من له طلب التفريق يصطدم مع إطلاق قوله تعالى ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾، ومع عموم قول الرسول ﷺ ((لاضرر ولاضرار)). لأن لفظ (حرج) مطلق يشمل جميع الحالات، ولفظي (ضرر وضرار) نكرتان واقعان في حيز النفي تفيدان العموم، والمطلق يعمل على اطلاقه ما لم تقم قرينة على تقييده والعام يعمل بعمومه ما لم يقم دليل على تخصيصه، فلا قرينة ولا دليل.

## القول الثالث . حق التفريق للعلل والأمراض ثابت للزوجة فقط:

وهو اختيار الحنفية فقالوا:

ان الزوج يملك الطلاق، فللزوجة حق طلب التفريق اذا كان زوجها مصاباً بعلّة من العلل التناسلية كالعنة والجب والخصاء. أمّا بالنسبة لبقية الأمراض السارية والمنفرة فلم ير أبو حنيفة ولا أبو يوسف منحها هذا الحق، لأن الأصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج، وانما يشبث الخيار في العيوب التناسلية، لانها مخلّة بالمقصود الذي شرع لاجله الزواج<sup>(١)</sup>. ولم يفرق محمد صاحب أبي حنيفة بين العيوب التناسلية وغيرها في ثبوت حق طلب التفريق

(١) فتح القدير ٣٠٥/٤ .



لها<sup>(١)</sup>. ونقل عنه تحديد غير التناسلية بالجنون والجذام والبرص. لكن يرى الكاساني أن الإمام محمد صاحب أبي حنيفة لم يقل بمحصر وتحديد الأمراض والعلل<sup>(٢)</sup>.

وبذلك يتفق رأي محمد مع رأي ابن تيمية وابن قيم من الحنابلة، والقاضي حسين من الزيدية في عدم تحديد العلل والأمراض، لأن المعيار هنا هو الضرر اللا ارادي بغض النظر عن طبيعية المرض، ما دام الزوج الآخر لا يستطيع أن يتحمل هذا الضرر. واستدل أبو حنيفة وأبو يوسف على عدم جواز التفريق بغير العلل التناسلية، بأن الخيار بهذه العلل ثبت لدفع ضرر فوات حقها المستحق بالعقد وهو الوطء مرة واحدة، وهذا الحق لم يفت بهذه العيوب، لأن المعاشرة الزوجية تتحقق مع غير العلل التناسلية فلا يشترط الخيار<sup>(٣)</sup>.

ومن الغريب العجيب أن يعتبر هذان الفقيهان العظيمان حق الزوج في التمتع بزوجه متحققاً بالوطء مرة واحدة، وأن يرى أن المعاشرة الزوجية هي القضايا الجنسية فقط، وأن الأمراض غير التناسلية لا تحول دون تحققها، في حين أن المعاشرة هي السكنية والمودة والمحبة والرحمة وغيرها من ألوان التمتع الزوجي، كما نص على ذلك القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾<sup>(٤)</sup>.

واشترط فقهاء الحنفية للتفريق بالعلل المذكورة ما يلي:

١- أن لا يصدر عن الزوجة ما يدل على الرضا بالعيب.

٢- أن لا يكون العيب طارئاً بعد الدخول.

(١) المرجع السابق. المبسوط ١٠٤/٥.

(٢) البدائع (١٥٣٦-١٥٣٧) وفيه: (وأما خلو الزوج عما سوى هذه العيوب الخمسة من الجب واللعنة والتأخذ والخصاء والخنوثة فهل هو شرط لزوم النكاح؟ قال أبو حنيفة وأبو يوسف: ليس بشرط ولا يفسخ النكاح به. وقال محمد خلوه من كل عيب لا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص شرط لزوم النكاح، حتى يفسخ به النكاح.

وجه قول محمد: أن الخيار في العيوب الخمسة إنما ثبت لدفع الضرر عن المرأة. وهذه العيوب في الحاق الضرر بها فوق تلك، لأنها من الأدواء المتعدية عادة فلما لبث الخيار بتلك فلان يثبت بهذه أولى. بخلاف ما إذا كانت هذه العيوب من جانب المرأة، لأن الزوج وإن كان يتضرر بها لكن يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق فإن الطلاق بيده والمرأة لا يمكنها ذلك).

(٣) البدائع، المرجع السابق.

(٤) سورة الروم: ٢١.

٣- أن يكون الحكم بالتفريق للعنة بعد تأجيل سنة من الدعوى<sup>(١)</sup>.

٤- عند مطالبة الزوجة بالتفريق للعنة يجب أن لا تكون رتقاء، لانه لا حق لها في المطالبة بالمعاشرة الجنسية مع قيام المانع فيها.

٥- تقديم الطلب من الزوجة الى القاضي والفرقة<sup>(٢)</sup> طلبة بائنة عند الحنفية<sup>(٣)</sup> لان فعل القاضي اضعف الى الزوج، فكانه طلقها بنفسه، ولان المقصود وهو رفع الظلم عنها لا يحصل الا بها، لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة<sup>(٤)</sup>.

ويلاحظ على الحنفية بهذا الشأن بعض الملاحظات منها:

١- أن القول بعدم حق طلب التفريق اذا كان السبب طارئا بعد الدخول، يتعارض مع عموم القواعد العامة للشريعة الاسلامية الآمرة برفع الضرر كما ذكرنا.

٢- أن رفض أبي حنيفة وأبي يوسف للتفريق بغير العلل التناسلية يتعارض مع ما هو معروف من طابع التعليل العقلي والمنطق السليم لمذهب أبي حنيفة، بالاضافة الى تعارضه مع القواعد الشرعية العامة الآمرة بضرورة ازالة الضرر مطلقا.

٣- أن حرمان الزوج من حق طلب التفريق بحجة أنه يملك الطلاق، اجحاف بمقه، حيث أن التفريق قضاء يختلف عن الطلاق في بعض الآثار، فالتفريق بطلب من الزوج بسبب موجود في الزوجة يسقط حق الزوجة في المهر المؤجل، بخلاف الطلاق، لانه اذا طلقها بعد الدخول سواء كان بتقصير الزوجة ام لا، يلتزم بدفع المهر كله لتقرره بالدخول.

### الاستنتاج والتجميع:

١- أكثر أنصار التفريق القضائي للأمراض والعلل أخذوا بالحصر والتحديد، مع أن ذلك يتعارض مع علة تشريع التفريق بتلك الأمراض والعلل، وهي ازالة ضرر المتضرر من احد الزوجين، لان المفروض كما هو المقرر في أصول الفقه الاسلامي أن يدور الحكم مع العلة وجودا وعدما، ولأنه قد يكتشف الطب امراضا اخرى اشد خطورة منها، وقد تحدث علل نتيجة تطور الحياة تكون اكثر منها ضرراً.

(١) فتح القدير ٢٩٧/٤.

(٢) فتح القدير ٢٩٩/٤.

(٣) يوافق هذا مع قول مالك والثوري.

(٤) شرح العناية على الهداية ٣/ ٢٦٣ . المبسوط ٩٧/ ٥.

٢- سقوط حق طلب التفريق ببعض المسقطات التي ورد ذكرها، كالتأخير في تقديم الطلب، وكالرضا بالضرر في فترة زمنية محددة، وكحدوث المرض بعد العقد أو بعد الدخول... يصطدم مع عموم وإطلاق القواعد والنصوص المقررة للتفريق لرفع الضرر، لأن الإنسان قد يتحمل الضرر في وقت لا يستطيع تحمّله في حين آخر لما يواجهه من التطورات في حياته.

٣- قول بعض الفقهاء كالزيدية والجعفرية والاباضية بأن التفريق لا يحتاج إلى حكم القضاء، يفتح باب التفريق الكيفي لأسباب قد تكون وهمية لا حقيقية لخطورتها على الطرف الآخر المطالب بالتفريق. ويعطى المجال للفوضى في حياة الأسرة، لذا أرى أن يتم كل تفريق للضرر اللارادي بحكم القاضي، بعد ثبوت هذا الضرر بتقرير طبي من اللجنة الطبية المختصة.

٤- الواجب الديني والأخلاقي والإنساني يطلب من الزوجين أن يتعاونوا في السراء والضراء، وأن يبذلا جهودهما المادية والمعنوية في سبيل معالجة المصاب بالمرض المبرر للتفريق، بدلا من اللجوء إلى القضاء.. وإذا رجعنا إلى ما قبل ألفي سنة نجد أن قانون حمورابي طلب من الزوج أن لا يطلق زوجته المريضة، وسمح له أن يتزوج ثانية على أن يقوم بمداواة ورعاية الزوجة المريضة، وترك حرية الإرادة للمريضة في البقاء أو طلب الطلاق والرجوع إلى أهلها<sup>(١)</sup>. فالمفروض أن نكون أكثر التزاماً بهذا الجانب الأخلاقي ما دمنا نعتبر أنفسنا أكثر حضارة وأكثر تقدما وأكثر إنسانية ممن عاشوا في عهد حمورابي.

٥- أقترح أن تأخذ التشريعات الوضعية في البلاد العربية والإسلامية في التفريق القضائي بمعيار الضرر اللارادي الذي يتعسر معه استمرار الحياة الزوجية، بغض النظر عن مصدره، وأن يترك تعداد الأسباب في قوانين الأحوال الشخصية، أخذا برأي الأمام محمد صاحب أبي حنيفة ورأي ابن تيمية وابن قيم والقاضي حسين.

٦- في حالة التفريق قضاءً أرى أن يؤخذ برأي المالكية والحنفية في اعتبار الفرقة طلاقاً بائنة، مادام الغرض منها إزالة الضرر القائم.

(١) أنظر الجزء الأول من هذا الكتاب ص ٣٠.

## المبحث الثاني

### التفريق للضرر الارادي

المقصود من الضرر الارادي هو أن يكون منشأه عملاً أو قولاً ارادياً لأحد الزوجين أو كليهما مباشرة أو تسبباً، سواء أكان الضرر مادياً كالضرر المترتب على عدم الإنفاق، أم معنوياً كحرمان الزوجة من التمتع الجنسي بسبب غيبه الزوج أو هجره، وبإمكاننا إرجاع جميع الأسباب الارادية المضرة بأحد الزوجين أو كليهما، الى أربعة:

١- حرمان الزوجة من النفقة.

٢- حرمان الزوجة من المعاشرة الزوجية.

٣- اعتداء أحد الزوجين على الآخر بالقول أو الفعل.

٤- ارتكاب معصية من أحدهما.

ولا أرى أن يكون هناك سبب ارادي يترتب عليه الضرر لأحد الزوجين يكون خارجاً عن هذه الأمور الأربعة الرئيسية. وبناء على ذلك تركت الطرق التقليدية المتبعة قديماً وحديثاً لعرض هذه الأسباب، وحاولت دراسة جميع الأسباب الارادية المبررة للتفريق قضاء تحت هذه العناوين الأربعة، كما ادعو التشريعات الوضعية الى أن تأخذ بنفس الأسلوب لأنه أضبط شمولاً وأكثر دقة.

#### أولاً - حرمان الزوجة من النفقة:

مصدر هذا الحرمان قد يكون تعنت الزوج، كما قد يكون بسبب غيابه أو أسره أو فقدانه أو الحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية، وهذه الأمور كلها تدخل في نطاق إرادة الإنسان بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

#### آراء الفقهاء في التفريق لعدم الإنفاق:

اختلفت كلمتهم في هذا الموضوع على ثلاثة آراء (المنع مطلقاً، والجواز مطلقاً، والتفصيل):

## الرأي الأول - المنع مطلقا (بعذر أو بدونه):

أي سواء كان ذلك لعجز الزوج المالي، أو لتعنته، أو لغيبته، أو لاسره، أو لفقده، أو لجبسه <sup>(١)</sup> وهذا هو اختيار فقهاء الحنفية <sup>(١)</sup>، والظاهرية <sup>(٢)</sup>، وبعض من الجعفرية <sup>(٣)</sup>، وجمهور الزيدية <sup>(٤)</sup>. وقول للشافعية، وقال به الأوزاعي والثوري، كما ذهب إليه بعض فقهاء التابعين كالزهري والنخعي، وعطاء بن يسار وبه أخذ ابن أبي ليلى <sup>(٥)</sup> وقالوا: للزوجة أن تستاذن من القاضي للاستدانة والانفاق على نفسها على حساب الزوج، وعلى القاضي تأمين النفقة من مال الزوج أو من الاستدانة أو من بيت المال <sup>(٦)</sup>

واستدل هؤلاء الفقهاء بادلة كثيرة أهمها مايلي:

- ١- الاخذ باخف الضررين لأنه لو فرق بينهما لبطل حق الزوج ولو لم يفرق لتأخر حق الزوجة والأول أكثر ضررا، لأن النفقة تستقر ديناً في ذمة الزوج بحكم القاضي فتستوفى في المستقبل، ولا تقاس النفقة على العجز في الجماع لان المال تابع للنكاح فلا يلحق بما هو المقصود منه وهو التوالد. <sup>(٦)</sup>
- ٢- النص على الانتظار في حالة عسر الزوج كما في قوله تعالى: ﴿وَأَنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ

(١) فتح القدير (٤/ ٣٩٠) وفيه: (ومن أعسر بنفقة امراته لم يفرق بينها ويقال لها استديني عليه. ومعنى الاستدانة أن تشتري الطعام على أن يؤدي الزوج ثمنه <sup>(٦)</sup> ولو امتنع عن الانفاق عليها مع اليسر له لم يفرق ويبيع الحاكم عليه ماله ويصرفه في نفقتها فان لم يجد ماله يحبس حتى ينفق عليها ولا يفسخ).

(٢) المحلى (١٠/ ٩٢) وفيه: (ولو أن الزوج يمنعه النفقة أو الكسوة أو الصداق ظلما أو لأنه فقير لا يقدر لم يجز لها منع نفسها منه من أجل ذلك) وفيه أيضا (١٠ / ٩١) (ومن منع النفقة والكسوة وهو قادر عليها فسواء كان غائبا أو حاضرا هو دين في ذمته يؤخذ منه أبدا ويقضى لها به في حياته وبعد موته <sup>(٦)</sup>).

(٣) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ١٤٤/٢. الخلاف للطوسي ٢/ ٣٣٤.

(٤) التاج المذهب: (٢/ ٢٨٥) وفيه: (وان غاب الزوج أو تمرد عن أنفاق زوجته فإنه ينفق عليها الحاكم من مال ذلك الغائب قدر ما تحتاج إليه مدة غيبته <sup>(٦)</sup> وينفقه الحاكم أيضا من مال الزوج المتمرد عن الانفاق عليها ولو حاضرا <sup>(٦)</sup> ويحبسه الحاكم اذا طلبت منه حبسه للتكسب. ولا يجوز فسخ النكاح بينهما عندنا لعدم الانفاق سواء كان لغيبته أو لتمرده أو لاعساره أو لعدم تكسبه...).

(٥) فتح القدير ٤/ ٣٠٤. بداية المجتهد ٢/ ٤٣.

(٦) الزيلعي ٣/ ٥٤.

فَنَظَرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ<sup>(١)</sup>. وكل طلب من الزوجة للتفريق لعدم الانفاق في حالة عجز الزوج يصطدم مع هذا النص.

٣- ما كان عليه الصحابي من حالتي العسر واليسر، وكان المعسرون منهم اضعاف الموسرين ولم ترد واقعة يقضي فيها رسول الله ﷺ أو أصحابه بالتفريق لعدم الانفاق. مناقشة هذه الادلة:

١- دعوى أن ضرر الزوجة الناشئ عن عدم الانفاق أخف من ضرر الزوج المترتب على التفريق تحكم وترجيح بلا مرجح بل العكس هو الأصح. ولأن الانسان يستطيع أن يعيش بلا معاشرة جنسية ولكن لا يمكنه ذلك مع الحرمان من النفقة فلما جاز التفريق بالعنة فلان يجوز بالحرمان أولى. ولأن هذا الدليل يتعارض مع النصوص القرآنية الآمرة بالامساك بالمعروف بالمعروف منها قوله تعالى: ﴿فَارْقَوْهُمْ بِمَعْرُوفٍ<sup>(٢)</sup>﴾.

٢- قوله تعالى: ﴿وَأَنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ<sup>(٣)</sup>﴾ دليل خاص بالمعسر والخاص لا يثبت به حكم عام يشمل الموسر والمعسر على حد سواء. والى جانب ذلك فان التوفيق بينه وبين قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ يكون بمنح الخيار للزوجة في طلب التفريق اذا لم تستطع الصبر. ثم الدين مذلة وعلى هذا الاساس سمي القرض ديناً فلا تكلف الزوجة بتحمل هذه المذلة والاستدانة على حساب الزوج للانفاق على نفسها.

٣- وعدم وجود واقعة التفريق في عهد الرسالة والصحابة لا يكون حجة على عدم جواز التفريق بعدم الانفاق وذلك لما يلي:

- أ - التفريق لا يكون الا بعد الطلب، ولم يثبت هذا الطلب من زوجة أي صحابي.
- ب - أن زوجات الصحابة لم يعدمن النفقة بالكلية.
- ج - الحياة تطورت، والنفوس تبدلت، والجانب المالي تغلب على الجانب الروحي

(١) (وَأَنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ أَنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ) (البقرة: ٢٨٠).

(٢) (فَإِذَا بَلَغَ الْأَجَلُ فَأَمْسِكُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا) (الطلاق: ٢).

(٣) (وَأَنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ أَنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ) (البقرة: ٢٨٠).

خلافًا لما كان عليه وضع الصحابة في صدر الإسلام، فلا يقاس ما عليه الإنسان اليوم على ما كان عليه السلف الصالح في الماضي فإجبار الزوجة اليوم على تحمل معاناة المعيشة الضنكى إخراج لها وهو يتعارض مع قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾<sup>(١)</sup>.

### الرأي الثاني: للزوجة طلب التفريق مطلقاً (بعذر أو بدونه)

أي لها أن تطلب التفريق قضاء لعدم الانفاق سواء أكان الزوج موسراً أم معسراً، وسواء أكان حاضراً أم غائبا، فلها حرية اختيار أحد الأمرين (الصبر أو طلب التفريق) إذا لم يتمكن القاضي من تأمين النفقة لها من مال الموسر. وهذا ما تبناه فقهاء المالكية<sup>(٢)</sup>، وبعض الحنابلة<sup>(٣)</sup>. وهم قالوا: بالتفريق لعدم الانفاق مطلقاً إذا توفرت الشروط التالية:

- ١- تقديم طلب من الزوجة أو من ينوب عنها إلى القضاء تطلب فيه الانفاق أو التفريق.
- ٢- إثبات قيام الزوجية الصحيحة.
- ٣- إثبات استحقاق الزوجية للنفقة، وعدم قيام ما يحول دون ذلك<sup>(٤)</sup>.
- ٤- عدم إمكان تأمين النفقة للزوجة من مال ظاهر للزوج<sup>(٥)</sup>.
- ٥- إعطاء مهلة للزوج حسب تقدير القاضي ليختار فيها الزوج أحد الأمرين: إما الانفاق أو الطلاق<sup>(٦)</sup>.

(١) (وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مَلَّةً أُنْبِيَكُمْ إِبْرَاهِيمَ هُوَ سَمَّاكُمُ الْمُسْلِمِينَ مِنْ قَبْلُ وَفِي هَذَا لِيَكُونَ الرَّسُولُ شَهِيداً عَلَيْكُمْ وَتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ فَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَاعْتَصِمُوا بِاللَّهِ هُوَ مَوْلَاكُمْ فَنِعْمَ الْمَوْلَى وَنِعْمَ النَّصِيرُ) (الحج: ٧٨).

(٢) شرح الخرشي ١٩٦/٤-١٩٨. الشرح الصغير للدردير ٨٤٥/٢ فما بعدها. مواهب الجليل ١٩٦/٤.

(٣) المغني ٥٧٣/٧ وما بعدها وفيه: (فإن منعها ولم تجد ما تأخذه واختارت فراقه فرق الحاكم بينهما). الانصاف ٣٩٠/٩ وما بعدها الاقناع ١٤٧/٣.

(٤) الخرشي (١٩١/٤) وفيه: (المشهور أن الزوجة إذا منعت زوجها من الوطء بغير عذر فإن نفقتها تسقط عنه. وكذلك تسقط نفقتها بمنعها الاستمتاع أو خرجت من محل طاعة زوجها بغير اذنه).

(٥) الخرشي (١٩٧/٤) وفيه: (وإذا كان له مال ظاهر أخذ منه كرها).

(٦) الخرشي (١٩٧/٤) وفيه: (تلوم له باجتهاد الحاكم من غير تحديد بيوم أو ثلاثة أو شهر أو شهرين).

٦- أن يمتنع الزوج عن الانفاق والطلاق معاً بعد حكم القاضي عليه باختيار أحد الأمرين<sup>(١)</sup>.

٧- أن يكون التفريق لعدم الانفاق بالنفقة الحاضرة أو المستقبلية، وليس لها طلب التفريق لنفقة متراكمة في ذمة الزوج<sup>(٢)</sup>.

والفرقة لعدم الانفاق عند المالكية تعتبر طلاق رجعية أي: أن للزوج حق الرجعة خلال العدة إذا استأنف الانفاق عليها. وهذا رأي وجيه نابع عن روح الشريعة الإسلامية.

وأهم أدلة استند إليها من قال بالتفريق لعدم الانفاق مطلقاً ما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكِ بِمَعْرِفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾. وليس الإمساك مع ترك الانفاق إمساكاً بمعروف فتعين التسريح<sup>(٣)</sup>.

٢- مرسل سعيد بن المسيب، حيث روى عن سفيان عن ابن أبي الزناد قال: سألت سعيد بن المسيب عن رجل لا يجد ما ينفق على إمراته أيفرق بينهما؟ قال: نعم. قال سنة؟ قال: سنة. وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله ﷺ.

٣- أمر عمر بن الخطاب رضي الله عنه من غابوا عن نساءهم بأن ينفقوا عليهن أو يطلقوا.

٤- القياس على التفريق للعجز الجنسي. قالوا: إذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء - والضرر فيه أقل - فلان يثبت بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن إلا بها أولى<sup>(٤)</sup>.

(١) العدوي المرجع السابق وفيه: ((وأما من لم يثبت عسره وهو يقر بالملا وامتنع من الانفاق والطلاق أي ولم يكن له مال ظاهر فانه يعجل عليه الطلاق على قول. ويسجن حتى ينفق عليها على آخر حكاهما ابن عرفة فان سجن ولم يفعل فانه يعجل عليه الطلاق)). وفي المغني (٥٧٦/٧) ((وان غيب ماله وصبر على الحبس ولم يقدر الحاكم له على مال يأخذه أو لم يقدر على اخذ النفقة من مال الغائب فلها الخيار في الفسخ فقط وهو قول الخرشي واختيار ابي طالب)).

(٢) المغني ٥٧٥/٧ وفيه: ((وان اعسر بالنفقة الماضية لم يكن لها الفسخ لانها دين يقوم البدن بدونها فاشبهت سائر الديون)) وفي شرح الخرشي (١٩٤/٤): (( اذا عجز الزوج عن النفقة الحاضرة أو المستقبلية لمن يريد سفراً دون الماضية)).

(٣) المغني ٥٧٣/٧.

(٤) المرجع السابق.



### الرأي الثالث - التفصيل:

أي التفريق بين حالتي العجز والتعنت أو بتعبير آخر: بين حالتي العذر وعدم العذر، غير أن أصحاب هذا الرأي لم يتجهوا الى منهج واحد في هذا التفصيل، بل أنقسموا الى فريقين لكل اتجاه معاكس للآخر كما يلي:

أ - قال فريق: بالتفريق لعدم الانفاق من الفقير العاجز. أما إذا كانت سلبية الزوج في الانفاق لتعنته دون عجزه وفقره فلا سلطان لارادة الزوجة في المطالبة بالتفريق لامكان الحصول على النفقة بوساطة القضاء وهذا هو الراجح لدى الشافعية<sup>(١)</sup> والمختار للقاضي من الحنابلة<sup>(٢)</sup>.  
واستدلوا بأدلة منها:

١- الزوج الموسر يمكن استيفاء النفقة من ماله عن طريق القضاء.  
وبناء على ذلك أن غاب وانقطع خبره لم يثبت لها الفسخ، لان الفسخ يثبت بالاعسار ولم يثبت<sup>(٣)</sup>.

٢- ما رواه ابو هريرة رضي الله عنه من أن النبي ﷺ قال: في الرجل لا يجد ما ينفق على امراته يفرق بينهما.

ويناقش هذا الرأي بأن سبب التفريق الحقيقي هو ضرر الزوجة الناشئ عن عدم الإنفاق، فالسبب قائم سواء أكان الزوج معسراً أم موسراً متعنتاً ما دامت الزوجة محرومة من النفقة.

ب - وقال فريق: للزوجة طلب التفريق إذا كان عدم الانفاق من زوج موسر متعنت، لأنه ظالم دون العاجز الفقير لانه معذور فلا يعامل معاملة الظالم. وهو اختيار ابن تيمية

(١) المذهب ١٦٣/٢ وفيه: (إذا اعسر الزوج بنفقة المعسر فلها أن تفسخ النكاح. وإن كان الزوج موسراً وامتنع من الانفاق لم يثبت لها الفسخ لانه يمكن الاستيفاء بالحاكم).

(٢) المحرر ١١٦/٢ وفيه. (إذا امتنع الموسر النفقة أو بعضها وتعذر دفع النفقة من ماله قال القاضي ليس له ذلك (طلب التفريق) بخلاف المعسر).

(٣) نهاية المحتاج ٢٠٧/٧ وفيه: (الأصح لا فسخ بمنع موسر - أو متوسط حضر أو غاب). وللشافعية وجه آخر بالنسبة للغائب حيث قال بعض اصحاب الشافعي: إذا أنقطع خبر الغائب يثبت لها الفسخ لان تعذر النفقة بانقطاع خبره كتعذرهما بالاعسار. المذهب ١٦٣/٢.

وابن القيم من المناهضة<sup>(١)</sup> وقال به بعض المتأخرين من فقهاء الجعفرية<sup>(٢)</sup> وجل أدلتهم: قوله تعالى: ﴿لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ وقوله تعالى: ﴿وَأَنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾.

ويناقش هذا الاستدلال بأن الآية الأولى حجة بييد الزوجة لطلب التفريق وإن الثانية متعلقة بالديون في المعاملات المالية. ومن الجدير بالذكر أن ابن حزم الظاهري (رحمه الله) قال: بوجود نفقة الزوج الفقير العاجز على زوجته المتمكنة مالياً<sup>(٣)</sup>. وأرى أنه رأي مصدره روح الشريعة الإسلامية وادعو المشرع في البلاد الإسلامية الأخذ به وتبنيته في قوانين الأحوال الشخصية.

## الاستنتاج والتزجيج:

### أولاً - الاستنتاج:

نستنتج من العرض السابق أن سبب اختلاف الفقهاء في التفريق لعدم الانفاق يعود إلى عدم وجود نص صريح من جهة، والتعارض بين القياس والاستصحاب من جهة أخرى، بالإضافة إلى الاختلاف في أن علة الحكم هل هي ضرر الزوجة فقط أو هو مع سوء قصد الزوج؟ فمن قال بعدم التفريق: تمسك بعدم وجود النص، وبترجيح الاستصحاب على القياس. ومن قدم القياس وقاس عدم الانفاق على العنة مثلاً لاشتراكهما في علة الحكم (الضرر) قال

(١) قال ابن قيم (زاد المعاد ٥١/٣): (إن الزوج إذا كان قادراً على الانفاق ولم ينفق ولم تقدر زوجته أن تأخذ من نفقتها كان لها أن تطلب الفسخ وليس لزوجة الفقير ذلك إلا إذا غرما حين العقد وقال لها: أنه ثري ثم تبين أنه فقير معدم فلها في هذه الحالة أن تطلب الفسخ أيضاً).

(٢) يقول الأستاذ جواد مغنية في كتابه (الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة) ص ١٩٢: (افتنى السيد أبو الحسن في (الوسيلة)، والسيد محسن الحكيم في رسالة (منهاج الصالحين): بأنه لو كان الزوج ممتنعاً عن الانفاق مع اليسار ورفضت امرأته إلى الحاكم الزمه بالانفاق أو الطلاق وإذا امتنع ولم يمكن الانفاق عليها من ماله ولا إجباره على الطلاق فالظاهر أن للحاكم أن يطلقها إذا أرادت الطلاق).

(٣) المحلى ٩٢/١٠ وفيه: فإن عجز الزوج عن نفقة نفسه وامراته غنية كلفت النفقة عليه ولا ترجع عليه بشيء من ذلك أن أيسر [برهان ذلك قول الله ﷻ]: (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك) قال علي: الزوجة وارثة فعليها نفقته بنص القرآن).

بالتفريق. ومن لم يفرق بين حالتي الاعسار واليسار اعتبر علة الحكم هي ضرر الزوجة فقط ومن فرق بينهما وقال بالتفريق في حالة اليسار دون الاعسار قال أن العلة هي ضرر الزوجة وسوء قصد الزوج معا.

ومن قال بعكس ذلك قال أن العلة هي الضرر فقط، وهو قابل للزوال في حالة يسار الزوج عن طريق القضاء بخلاف حالة الاعسار ففيها لا يزول الا بالتفريق.

### التجميع:

والذي أراه الأولى بالاختيار هو الأخذ بقول ابن حزم الظاهري في حالة عجز الزوج البدني والمالي عن الانفاق، ومقدرة الزوجة المالية على الانفاق على نفسها وزوجها وأولادها، لان رابطة الزوجية رابطة روحية، فطابع الدوام فيها يقوم على أساس التعاون والمودة. فعلى المرأة الكريمة أن تشاطر زوجها في السراء والضراء، وأن تقاسمه في الآلام والأفراح. والفقر ليس عيبا ولا نقصا يقلل من قيمة الانسان. والمال غاد ورائح وزيد: ﴿فَأَمَّا الزُّبْدُ فَيَذْهَبُ جُفَاءً وَأَمَّا مَا يَنْفَعُ النَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي الْأَرْضِ﴾<sup>(١)</sup>.

وفي حالة اعسار كليهما على الدولة تأمين عيشهما من خزينة الدولة (بيت المال)، لأن الضمان الاقتصادي للمعجزة في المجتمع من أهم واجبات الدولة.

واذا كان الزوج فقيرا وقادرا على العمل، فعلى الدولة أيضا تأمين عمل شريف له. وفي حالة تعنت الزوج الموسر يجب أن يعطى للزوجة حق طلب التفريق لرفع الغبن عنها، لان ازالة الضرر ورفع الظلم من واجبات القضاء. وذلك بعد اعطاء الزوج مهلة كافية لاستيقاظ ضميره ورجوعه الى استئناف الانفاق على شريكة حياته.

واذا أبى الزوج الانفاق والطلاق وطلبت الزوجة التفريق، فعلى القاضي استجابة طلبها على أن يعتبر التفريق طلاق رجعية أخذا برأي الأمام مالك (رحمه الله) وذلك لاعطاء فرصة اخرى للزوجة لاستئناف الحياة الزوجية بعد تقديم تعهد بالاستمرار على الانفاق.

(١) (انزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَسَالَتْ اَوْدِيَةً يَقْدَرُهَا قَاعُحَمَلِ السَّبِيلِ زَيْدًا رَابِيًا وَمِمَّا يُوقِدُونَ عَلَيْهِ فِي النَّارِ ابْتِغَاءَ حُلْيَةٍ اَوْ مَتَاعٍ زَيْدٌ مِثْلُ هَذَا كَذَلِكَ يَضْرِبُ اللَّهُ الْحَقَّ وَالْبَاطِلَ فَأَمَّا الزُّبْدُ فَيَذْهَبُ جُفَاءً وَأَمَّا مَا يَنْفَعُ النَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي الْأَرْضِ كَذَلِكَ يَضْرِبُ اللَّهُ الْأَمْثَالَ) (الرعد: ١٧).

## ثانيا - حرمان الزوجة من المعاشرة:

الحالة الثانية للضرر الارادي هي حرمان الزوجة من التمتع بالمعاشرة الزوجية مع زوجها، وهي أنسان لها ما للرجل من الحق في التمتع بلذة الحياة الجنسية وغيرها بطريقة مشروعة، فحرمانها من هذا الحق بارادة الزوج مباشرة أو تسببا، يعطيها الخيار بين تحمل معاناة هذا الضرر، وبين مطالبة القاضي بإزالته، لانه ظلم ورفع الظلم في هذا الباب من اختصاص القاضي.

ويندرج تحت هذه الحالة الهجر بالايلاء، وقد بينا أحكامه مفصلاً فلا داعي لاعادته هنا، والهجر بالغيبة التي تشمل حالات فقدان والأسر والحبس لأن كل مفقود وكل أسير وكل سجين غائب عن زوجته. ثم أن هذه الحالات ليست هي السبب للتفريق، وانما السبب الحقيقي هو الضرر الناشء عن فراق الزوج. وحرمان الزوجة من النفقة بسبب الغيبة والفقدان والاسر والحبس، هو نفس الحرمان في حالة حضور الزوج من حيث الحكم، مادام الزوج لم يترك مالا ينفق منه على الزوجة، لذا لا داعي لاعادة الخلاف المذكور في التفريق لعدم الانفاق، بل تقتصر على حكم الضرر الناشء من حرمان الزوجة من التمتع بالمعاشرة الزوجية في هذه الحالات، وقد اختلف فقهاء المسلمين في التفريق لهذا الضرر على رأيين احدهما: رفض التفريق مطلقا، والثاني الاخذ بالتفصيل:

### الرأي الأول - رفض التفريق مطلقا:

الذي يعطي جميع صور الغياب حكما واحدا هو عدم جواز التفريق بالغياب من القاضي الا بعد أن يموت أقران الغائب في السن، فعندئذ للقاضي أن يحكم بوفاته اسوة بهم، فتعتد زوجته عدة الوفاة.

وهذا الاتجاه هو ما تبناه فقهاء الحنفية، والظاهرية، وجمهور الزيدية، والشافعي في قوله المجديد كما في الايضاح الاتي:

### قال الحنفية:

لايُفَرَّق بين المفقود وبين زوجته لقول النبي ﷺ في امرأة المفقود: ((انها امراته حتى يأتيها البيان))، ولقول علي بن أبي طالب ؓ فيها: هي امراته ابتليت فلتصبر حتى يتبين الموت أو الطلاق. ولان النكاح ثابت باليقين والموت في حيز الاحتمال، فاليقين لا يزول بالشك. ولان عمر بن الخطاب رضي الله عنه رجع عن رأيه القائل بالتفريق بعد تأجيل اربع

سنوات، واتفق مع علي في رفض التفريق. ولأن الغيبة لا تقاس على الإيلاء لأنه طلاق معجل، ولا على العنة لأن الغيبة يتوقع زوالها بخلاف العنة<sup>(١)</sup>. وبناء على كل ذلك يحكم القاضي بموت الغائب الذي لا يعرف مصيره بعد موت أقرانه، وأمّا الغائب المعروف مكاناً ومصيراً فيجبر على الطلاق أو الرجوع.

ومن نافلة القول أن نقول أنه رأي يتعارض مع روح الإسلام ومع النصوص الأمرية بوجود إزالة الضرر ورفع غبن المتضرر.

#### الظاهرية:

قال ابن حزم<sup>(٢)</sup>: لا يجوز فسخ نكاح أحد بغيبته، ولا إيجاب عدة من لم يصح موته، ولا أن يطلق أحد عن غيره. وطعن فيما روى عن عمر بن الخطاب من التأجيل أربع سنوات ثم التفريق بأنه رواية ضعيفة..

وقال: لأحجة في أحد دون الله تعالى ورسوله عليه الصلاة والسلام □  
ولا يحل تحريم فرج أباحه الله للزوج، وتحليله لمن حرمه الله عليه من سائر الرجال بغير قرآن ولا سنة.

#### الشافعية:

قال أبو إسحاق الشيرازي<sup>(٣)</sup>: وفي القول الجديد (أي للشافعي) وهو الصحيح أنه ليس لها الفسخ قياساً على قسمة ماله، حيث لا يجوز الحكم بموته في قسمة أمواله، وكذلك لم يحز الحكم بموته في نكاح زوجته.

#### الزيدية:

تمسك جمهور فقهاء الزيدية بالقاعدة التي وردت على لسان رسول الله ﷺ ((الطلاق لمن لزم بالساق))<sup>(٤)</sup>. وبأن الزواج الثابت بالكتاب والسنة لا ينتهي إلا بالطلاق أو الموت<sup>(٥)</sup>.

(١) أنظر الهداية شرح بداية المبتدى للمريناني طبعة البابي الحلبي القاهرة ١٨١/٢.

(٢) أنظر المحلى ١٠ / ١٣٩-١٤٣.

(٣) المهذب ١٤٦/٢.

(٤) وفي رواية (لمن اخذ بالساق).

(٥) أنظر التاج المذهب ٢/ ٢٨٥ . البحر الزخار ٣/ ١٦٥ الروض النضير ٤/ ٤٢٨ - ٤٣٠.

## الرأي الثاني - هو التفصيل:

أي إعطاء كل صورة من صور الغياب حكمها الخاص وهذا ما اختاره فقهاء المالكية، والجعفرية، والحنابلة، وبعض فقهاء الزيدية، والشافعية في قوله القديم، وسعيد بن المسيب ومن هذا حذوهم.

### المالكية:

اتى فقهاء المالكية في موضوع التفريق بالغياب بتفصيل لا نجد في أي فقه آخر كما يتبين من الايضاح الآتي:

### أ - المفقود خمسة أقسام ولزوجة كُلُّ حكم خاص:

١- مفقود بلاد الاسلام في غير وقت انتشار الوباء وفي ظرف طبيعي: تعتد زوجته عدة الوفاة بعد التأجيل أربع سنوات<sup>(١)</sup> من رفع أمرها الى القضاء أو جماعة من المسلمين عند عدم وجود القاضي.

٢- مفقود بلاد الاسلام وقت انتشار الطاعون أو أي مرض آخر مهلك: تعتد زوجته عدة الوفاة بعد ذهاب الوباء لغلبة الظن بموته.

٣- مفقود المعترك بين المسلمين: تعتد زوجته عدة وفاة بعد انفصال الصفين إذا شهدت البيئة أنه حضر صف القتال، والا حكمه كالمفقود في بلاد الاسلام المتقدم ذكره.

٤- مفقود المعركة بين المسلمين والكفار: تعتد زوجته عدة الوفاة بعد سنة اعتباراً من رفع الامر الى القضاء عند بعض، وبعد نظر القاضي في شأنه والسؤال والتفتيش عنه بحيث يغلب على ظنه عدم حياته، عند بعض آخرين.

٥- مفقود أرض الشرك والكفر: حكمه حكم الأسير الذي في الفقرة التالية.

ب - الغائب الأسير: تربص زوجته حتى يموت أقرانه فيحكم القاضي بموته، لأنه لا يستطيع التفتيش عنه ومعرفة مصيره.

ومن البدهي أن هذا كان بالنسبة الى عصرهم وأما اليوم فان باستطاعة القاضي معرفة مصير الأسير عن طريق المنظمات الدولية منها الصليب الأحمر.

ج - الغائب الذي يعرف مكانه وخبره ويمكن الاتصال به عن طريق وسائل الاعلام:

يأمره القاضي بطلب من زوجته أمّا بالرجوع الى زوجته أو نقلها اليه أو طلاقها وله

(١) هذا التحديد مأخوذ من قضاء عمر بن الخطاب. أو من أقصى مدة الحمل في نظرهم أو من أقصى مدة البريد ذهاباً وإياباً في زمنهم.

أن يعطيه مهلة حسب اجتهاده فان ابى كل ذلك بعد أنتهاء المهلة طلق عليه القاضي على أن لا تقل مدة الغياب عن سنة عند بعض وان تزيد عن ثلاث سنوات عند بعض آخرين من فقهاء المالكية.

والتأجيل في جميع الصور المذكورة مشروط بشرطين:

الأول: أن تتوفر النفقة للزوجة، والا فلها طلب التفريق لعدم الانفاق.

الثاني: عدم خشية الزوجة في وقوعها في الخطيئة والاثم نتيجة حرمانها من معاشرة زوجها، والا فللقاضي السلطة التقديرية في التفريق دون التقيد بمدة معينة للتأجيل.

وتصدق الزوجة في دعوى خشية الزنا، وفي دعوى تحديد مكان الزوج، وامكان الاتصال به عن طريق البريد والاعلام، وفي تضررها من غياب الزوج لان كل ذلك من الامور التي لا تعلم الا منها.

د - المحاضر الذي هجر زوجته ومعاشرتها الجنسية دون مبرر ويقصد الاضرار بها:

يسري عليه حكم الايلاء عند المالكية وان لم يقرن ذلك باليمين فللقاضي أن يأمره بالمعاشرة أو الطلاق فان أبى طلق عليه بطلب من الزوجة بعد مضي أربعة اشهر<sup>(١)</sup>.

هـ - المتفرغ للعبادة التارك لمعاشرة زوجته بصورة كلية:

للقاضي أن يطلق عليه بطلب من زوجته أن ابى الرجوع الى المعاشرة أو الطلاق.

جاء في مختصر خليل: (واجتهد<sup>(٢)</sup>) وطلق في لاعزلن، أو لا ابين، أو ترك الوطء ضررا وان غائبا، أو سرمد العبادة بلا اجل على الاصح<sup>(٣)</sup>.

و - إذا تعاطى الزوج دواء لقطع القوة الجنسية، أو لعلاج مرض وهو يعلم أن هذا الدواء يقطعها أو يشك في ذلك ثم تحققت هذه النتيجة يحق لزوجه طلب التفريق<sup>(٤)</sup>.

(١) بالنسبة للايلاء المدة تعتبر من ترك المعاشرة، وارى في هذه القضية أن تعتبر المدة من رفع دعوى الزوجة.

وللاطلاع على تفاصيل اقسام المفقود والغائب راجع الخرشي ١٤٩/٤ - ١٥٣ وانظر الشرح الصغير مع الصاوي ٤٦٩/٢.

(٢) اي اجتهد القاضي واستخدم سلطته في ضوء ظروف القضية وحاجة الزوجة.

(٣) مختصر خليل وشرحه الخرشي ٩٣/٤.

(٤) انظر شرح الخرشي ٩٣/٤، ٩٤، ١٤٩، ١٥٣، ١٥٢، ١٥٠. الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٤٧١، ٤٦٩/٢.

### المجهرية:

قالوا: لا خيار لزوجة الغائب في حالتين:

الأولى: إذا كان الغائب معروف الخبر بأن يعرف أنه لا يزال على قيد الحياة.

الثانية: أن يكون مجهول الخبر ولكن له ولي ينفق على زوجته.

فان جهل خبره ولم يكن من ينفق عليها: فان لم تصبر رفعت أمرها الى القاضي وعليه أن يؤجل التفريق لمدة أربع سنوات، وأن يفتش عنه ويستفسر عن مصيره.

أ - فان عرف حياته فعليها الصبر أبداً وعلى الإمام أن ينفق عليها من بيت المال.

ب - وان لم يعرف مصيره من الحياة أو الممات، أمرها بأن تعتد عدة الوفاة بعد إنتهاء الأجل (الأربع السنوات) ثم لها أن تتزوج.

فان لم تتزوج ورجع الزوج بعد ذلك فلهم قولان: أظهرهما لا سبيل له عليها، لإنقطاع علاقة الزوجية بحكم القضاء.<sup>(١)</sup>

### الحنابلة:

ذهب فقهاء الحنابلة في التفريق بالغيبه الى التفصيل الآتي:

أ - الغائب المفقود في ظرف يغلب فيه الهلاك كظرف الحرب، تربص الزوجة أربع

سنوات ثم تعتد للوفاة. قال المرداوي<sup>(٢)</sup>: هذا هو المذهب وعليه جماهير الأصحاب.

وتبدأ مدة التربص من فقدان تلقائياً دون حاجة الى اللجوء للقضاء في رواية

اعتبرها بعض فقهاء الحنابلة هي الأصح<sup>(٣)</sup>. وفي رواية أخرى تبدأ من رفع أمرها

الى القاضي ليحكم بالتربص وبعده الوفاة بعد التربص أربع سنوات.

ب - الغائب المفقود في حالة تغلب فيها السلامة على زوجته أن تربص حتى يثبت

موته.

فلا تفريق لها ما دام الانفاق عليها ممكناً والا لها ذلك لعدم الانفاق لا

للغياب<sup>(٤)</sup>

ج - لزوجة الأسير حكم زوجة المفقود في الظروف الطبيعية<sup>(١)</sup>.

(١) ايضاح الفوائد شرح اشكالات القواعد ٣/٣٥٣. المختصر النافع ص ٢٢٥.

(٢) الانصاف ٢٨٨/٩.

(٣) المرجع السابق ٢٨٩/٩.

(٤) المرجع السابق ٢٨٨/٩.



د - وإذا لم تكن الغيبة منقطعة ليس لها التفريق الا أن يتعذر الإنفاق عليها من ماله<sup>(٢)</sup>.

هـ - وروى عن الإمام أحمد القول بالتفريق لزوجة الغائب المعروف مكانه ومصيره إذا لم يكن الغياب بعذر بعد أنذاره من القاضي بالرجوع أو ترحيل الزوجة اليه، أو الطلاق استناداً الى قضاء عمر بضرورة رجوع الزوج الغائب الى زوجته بعد مضي ستة أشهر وان كان غيابه بعذر.

#### بعض فقهاء الزيدية:

ذهب البعض من الزيدية الى أنه إذا طالت مدة الغيبة وكانت الزوجة تتضرر بترك النكاح فالفسخ لذلك جائز، لأنه إذا جاز للعنة فجوازه للغيبة الطويلة أولى، ولأنه قد علم من نصوص الكتاب والسنة تحريم الامساك ضراراً<sup>(٣)</sup>.

والنهي للزواج عن الضرار في غير موضع فوجب دفع الضرر عن الزوجة بكل ممكن<sup>(٤)</sup>. ويلاحظ أن هذا الاتجاه للزيدية لم يحدد المدة وانما ترك الأمر لتقدير القاضي حسب ظروف الزوجة وفي ضوء ملابسات الغياب.

#### الشافعي في قوله القديم:

ذهب الشافعي في قوله القديم الى القول بالتفريق والفسخ لزوجة المفقود فقط بعد التربص أربع سنوات، لما روى عمرو بن دينار من أن امرأة رجل مفقود أتت الى عمر بن الخطاب، فأمرها أن تمكث أربع سنوات ثم أمرها أن تعتد ثم تتزوج<sup>(٥)</sup>. ويفهم من هذا السند للشافعي أن التربص يكون من تاريخ رفع الأمر الى القضاء. وقد استند الشافعي الى القياس أيضاً فقال: إذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالتعنين وتعذر النفقة بالإعسار، فلان يجوز ههنا وقد تعذر الجميع أولى<sup>(٦)</sup>.

(١) المرجع السابق.

(٢) المغني لابن قدامة ٤٨٨/٧.

(٣) كما في قوله تعالى (وَلَا تُفْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا) سورة البقرة: ٢٣١.

(٤) أنظر الروضة الندية ٥٦/٢.

(٥) المهذب ١٤٦/٢.

(٦) المهذب المرجع السابق.

### سميد بن المسيب:

قال سميد بن المسيب إذا فقد في الصف<sup>(١)</sup> تزجل زوجته سنة ثم يفرق بينهما، وفي غير هذا الظرف أي في حالة تغلب فيها السلامة تزجل أربع سنوات ثم يفرق بينهما.<sup>(٢)</sup>

### الإستنتاج:

نستنتج من هذا العرض أن منشأ خلاف الفقهاء في التفريق بالغيبة هو تعارض بعض الآثار مع ظاهر نصوص القرآن الكريم كتعارض ما روي من أن الرسول ﷺ قال في امرأة المفقود: ((إنها إمرأته حتى يأتيها البيان)) مع ظاهر قوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾.<sup>(٣)</sup>

ومن جهة أخرى تعارض أقضية الصحابة كالخلاف بين قضاء عمرؓ بتأجيل أربع سنوات ثم التفريق والعدة والزواج وبين قضاء علي بن أبي طالبؓ بخلاف ذلك. وكذلك تعارض القياس على العنة وعدم الانفاق والايلاء مع الاستصحاب (الثابت باليقين لا يزول الا باليقين).

ثم تعارض وجهة نظر الفقهاء أنفسهم في النظر الى الضرر المعنوي (حرمان الزوجة من التمتع بلذة المعاشرة)، فمنهم من أعار له الاهمية ولم يفرق بين هذا الضرر المعنوي والضرر المادي (الحرمان من النفقة)، ومنهم من لم يأخذ الا بالضرر المادي فقط ولكل وجهة هو مولياها والله أعلم بالصواب.

### الترجيح:

الأفقه هو ما ذهب اليه الأمام سميد بن المسيب (رحمه الله) في أن الزوج إذا فقد في ظرف يغلب فيه الموت، فالقاضي يحكم بالتفريق بعد سنة من فقدان لا من رفع الدعوى، حتى لا تتضرر الزوجة أن رغبت في التفريق بتقديم طلب منها أو من ينوب عنها، والا فان كان فقدان في ظرف اعتيادي يكون التفريق بعد تأجيل أربع سنوات من تاريخ فقدان

(١) أي صف الحرب.

(٢) المصنف لابن قدامة ٤٩٠/٧، المحلى لابن حزم ١٤٠/١٠.

(٣) ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَجَلُ مِنْ بَعْدِ الْمَوْتِ أَوْ فَأَرْقَوْهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا﴾ (الطلاق: ٢).

أيضاً، والاسير أن عُرف مصيره تزوّج زوجته أربع سنوات أن لم تحش عليها الفتنة، والا فللقاضي أن يتصرف في ضوء ظروف الزوجة.

والغياب بحسب مدة تزيد على أربع سنوات أن طلبت زوجته التفريق تزوّج سنة من تاريخ تنفيذ الحكم.

والغائب المعذور المعروف مصيره ومكانه ويتطلب عذره غياب مدة تزيد على أربع سنوات، يعطى لزوجته حكم زوجة المحبوس والغائب المعروف مكاناً ومصيراً، ولم يكن له عذر، لزوجته حق التفريق بعد الانذار ومضي سنة على غيابه، أخذاً بما ذهب اليه بعض المالكية وذلك بقبض النظر عن المدة التي يستغرقها غيابه.

والحاضر الذي هجر زوجته دون مبرر وتضررت الزوجة من جراء ذلك، يعامل معاملة المولي، فللقاضي التفريق بينهما بعد الانذار والمهلة التي يقررها القاضي حسب اجتهاده، على أن تبدأ بعد مضي أربعة أشهر (مدة الايلاء) وفقاً لما قاله المالكية من أن أحكام المولي تسري على من يهجر زوجته عمداً وإن لم يقتن ذلك باليمين.

وذلك اخذاً بعموم النصوص الآمرة برفع الحرج، وإزالة الضرر، ومقاومة الظلم، ورفع الغبن، وعدم التفريق بين الضرر المادي والضرر المعنوي للمتضرر.

ولأن القرآن الكريم حدد الحد الأدنى لمطالبة الزوجة بحق المعاشرة، إذا حرمت منها بأربعة أشهر في قوله تعالى ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْثِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَبْرِيصٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَأَنْ قَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ وأن عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ<sup>(١)</sup>.

ولأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه في عهد خلافته سأل نساء (ويقال أنه سأل بنته حفصة) كم تصبر المرأة على الزوج؟ فقلن شهرين، وفي الثالث يقلّ الصبر، وفي الرابع ينفذ الصبر. فكتب الى أمراء الاجناد: أن لا تحبسوا رجلاً عن امرأته أكثر من أربعة أشهر.

وقد قضى بذلك بعد أن كان يطوف ليلة في المدينة المنورة فسمع امرأة تقول:

تطاول هذا الليل وازور جانبه<sup>(٢)</sup> وليس الى جنبي خليل الاعبه<sup>(٣)</sup>

فوالله لو لا الله لا شيء غيره<sup>(٤)</sup> لزعزع<sup>(١)</sup> من هذا السرير جوانبه

(١) سورة البقرة: ٢٢٧، ٢٢٦.

(٢) أي أحترف وعدل. وفي رواية: واسود جانبه.

(٣) وفي رواية: وطال عليّ أن لا خليل الاعبه.

(٤) وفي رواية: فوالله لو لا خشية الله وحده.

محافة ربي والحياء يكفني وأكرم بعلي أن تنال مراكبه<sup>(٧)</sup>

### ثالثا . التفريق لمعصية يرتكبها أحد الزوجين:

لهذه المعصية نماذج كثيرة في الفقه الاسلامي منها: الايلاء: واللعان<sup>(٣)</sup> وردة أحد الزوجين، وإباء أحدهما الدخول في الاسلام بعد إعتناقه من قبل الآخر...

وقد سبق بيان احكام الايلاء مفصلا فلا موجب للاعادة. ولنا بالنسبة الى البقية الايضاح الآتي:

#### أ- اللعان<sup>(٤)</sup>:

قد يتهم الزوج زوجته بالغيانة الزوجية بصورة مباشرة، أو بطريقة غير مباشرة بان ينفي نسب حملها أو ولدها فيقول: هذا الحمل أو ذاك الولد ليس مني. وهذا الاتهام قذف، فالمفروض أن تسري عليه أحكامه الواردة في قوله: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾<sup>(٥)</sup>. غير أن الحكمة الالهية شاعت أن تكون العقوبة بطريقة أخرى حيث تسربت الشكوك الى كيان العائلة، فاستمرار الحياة الزوجية يؤدي الى نتائج سلبية تنعكس أثارها على الأولاد وبالتالي على المجتمع.

وتأسيسا على هذه الحقيقة وغيرها قال سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ أَنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾ وَالْخَامِسَةُ أَنْ

(١) زعره: حركة شديدا.

(٢) أنظر المغني لابن قدامة ٣٠١/٧.

(٣) الايلاء وموجب اللعان من اعمال المعصية أما الايلاء فواضح لما فيه من ظلم الزوجة دون مبرر. وأما اللعان فلان احد الزوجين متلبس بالجريمة: جريمة الكذب أو جريمة الزنا كما نص على ذلك الرسول صلى الله عليه وسلم وقال للمتلاعنين: (وحسابكما على الله احكما كاذب لا سبيل لك عليها). نيل الأوطار ٣٠٤/٦.

(٤) اللعان: مصدر لاعن يلاعن ملاعنة مأخوذ من اللعن وهو الطرد والابعاد. ووجه المناسبة بين المعنى اللغوي والشرعي هو بعد الزوجين من الرحمة أو بعد كل منهما من الآخر بحيث لا يجتمعان ابدا. عمدة القارئ شرح صحيح البخاري ٢٨٩/٢٠.

(٥) سورة النور: ٤.

لَعَنَتِ اللَّهُ عَلَيْهِ أَنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ\* وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ أَنَّهُ لِمِنَ الْكَاذِبِينَ\* وَالْخَامِسَةَ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا أَنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ<sup>(١)</sup>.

ويعتضى هذه الآيات الكريمة التي بينت كيفية اللعان يجب أن تتم الاجراءات التالية:

١- أن يكون اللعان أمام الحاكم أو نائبه لان الأيمان والشهادات لا تكون من حيث الحجية الا أمام القضاء.

٢- أن يامر الحاكم أو نائبه كلاً من المتلاعنين بأن يأتي بألفاظ اللعان الواردة في هذه الآيات فيقول الزوج أربع مرات: أشهد بالله أنه لمن الصادقين فيما إتهم به زوجته. ثم يقول للمرة الخامسة: لعنة الله عليه أن كان من الكاذبين.

وتقول الزوجة أربع مرات: أشهد بالله أنه من الكاذبين فيما رماني به. وفي المرة الخامسة تقول: عليها غضب الله أن كان من الصادقين.

٣- أن يتقدم لعان الزوج على لعان الزوجة اتباعاً لنظم الكتاب الكريم واقتداءً بفعل الرسول العظيم ﷺ، ولأن لعانها إنما يكون لدرء العذاب عنها وهو لا يتوجه اليها الا بعد لعان الزوج.

٤- موالاة كلمات اللعان.

٥- تعيين كل من المتلاعنين لصاحبه بالاشارة أو المواجهة أو العنوان الكامل.

### آثار اللعان:

لا خلاف<sup>(٢)</sup> بين فقهاء المسلمين في أنه يترتب على اللعان بعد تمامه من الزوجين الآثار الآتية :

١- تحريم الزوجة على الزوج مدى الحياة.

٢- سقوط عقوبة القذف على الزوج، وعقوبة الزنا على الزوجة، حيث لم تثبت التهمة بالبيّنة.

٣- أنتفاء نسب الولد أو الحمل من الأب بحكم القاضي.

٤ - الفرقة بين الزوجين بعد حكم القاضي.

(١) سورة النور: ٨، ٦، ٧، ٩.

(٢) أي خلافاً يعتد به والا فقد ذهب عثمان البتي الى أنه لا تقع الفرقة باللعان ولا بالقاضي وانما يوقعها الزوج. وقال ابو عبيد الفرقة تقع بنفس القذف وان لم يكن هناك لعان. أنظر عمدة القارئ شرح صحيح البخاري ٢٠/٢٩٥.

وأما الخلاف في أن هذين الأثرين الأخيرين هل يترتبان على اللعان وإن لم يتصل به حكم القاضي أولاً؟ كما في التفصيل الآتي:

أ - قال الحنفية<sup>(١)</sup>: - عدا زفر -، والزيدية<sup>(٢)</sup>، والحنابلة في إحدى الروايتين للأمام أحمد<sup>(٣)</sup>: أن اللعان متى وجب وتم بين الزوجين بصورة صحيحة ولم يطرأ عليه ما يبطله، لا يترتب عليه الفرقة تلقائياً ولا قطع النسب إلا بعد أن يتصل به قضاء القاضي. فقبل هذا الحكم، الزوجية قائمة، والنسب باق. وبناء على ذلك إذا تأخر حكم القاضي أو تعذر لسقوط اللعان صح طلاق الزوج لهذه الزوجة، وظهاره، وإيلأوه، ويتوارثان واستدلوا على ذلك بالحديث الشريف، وبالقياص، وبالاتصحاب، الحديث: هناك روايات كثيرة تدل على أن الرسول ﷺ تولى بنفسه الحكم بالتفريق بين المتلاعنين بعد لعانتهما، ومنها:

ما روي عن نافع عن أبي عمر (رضي الله عنهما) من أن النبي ﷺ لاعن بين رجل وامرأته فأنقضى من ولدهما ففرق بينهما وألحق الولد بالمرأة<sup>(٤)</sup>. وما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: لاعن النبي ﷺ بين رجل وامرأة من الانصار ففرق بينهما<sup>(٥)</sup>. وما روي عن عبيد الله عن نافع أن ابن عمر أخبره أن رسول الله ﷺ فرق بين رجل وامرأته قذفها وأحلفهما<sup>(٦)</sup>.

وما روي من أن عويمر العجلاني قال بعد اللعان: كذبت عليها يا رسول الله أن امسكتها فطلقها ثلاثة قبل أن يأمره رسول الله ﷺ<sup>(٧)</sup>.

وجه الاستدلال:

إن الروايات الثلاث الأولى تدل صراحة على أن الرسول ﷺ قضى بنفسه بالتفريق بين المتلاعنين بعد لعانتهما، وذلك يكفي لاثبات أن الفرقة تقع بعد قضاء القاضي.

(١) بداية المبتدى وشرحه الهداية مع فتح القدير ٢٨٥/٤ - ٢٨٦.

(٢) التاج المذهب ٢٦٣/٢ - ٢٦٤.

(٣) المغني لابن قدامة ٤١٠/٧.

(٤) عمدة القارئ شرح صحيح البخاري للعيني ٢٠/ ٣٠١ نيل الأوطار ٢٩٩/٦.

(٥) عمدة القارئ المرجع السابق ٢٩٥/٢٠، فتح الباري شرح صحيح البخاري ٤٥٨/٩.

(٦) عمدة القارئ المرجع السابق.

(٧) نيل الأوطار ٣٠٠/٦.

يرفهم من طلاق عويمر بعد اللعان وسكوت الرسول ﷺ: أن الفرقة لم تقع بمجرد لعانها ولا فلا يبقى مبرر للطلاق.

القياس: قالوا: اللعان أمّا شهادة مؤكدة باليمين، وإما عين، وكلّ منهما لا أثر له في زوال الحق ما لم يتصل بالقضاء قياساً على الشهادات والأيمان في القضايا الأخرى التي لا يترتب عليها الآثار إلا بعد حكم القاضي.

الاستصحاب: قالوا: أن حكم الزواج ثابت بسبب شرعي (عقد الزواج) يقينا ولا يزول إلا بسبب شرعي (الطلاق) وإذا وجبت إزالته وامتنع الزوج، أو عجز قام القاضي مقامه.

ب - وذهب المالكية<sup>(١)</sup>: والجعفرية<sup>(٢)</sup> والظاهرية<sup>(٣)</sup>، وزفر من الحنفية<sup>(٤)</sup>، ورواية للحنابلة<sup>(٥)</sup>: إلى أن الفرقة تتم بتمام لعان الزوجين. واستدلوا على ذلك بالحديث وبالقياس.

الحديث: كما توجد روايات في الأحاديث الشريفة تؤيد أن الفرقة لا تقع إلا بعد حكم القاضي كذلك رويت أحاديث أخرى يؤخذ منها حصول الفرقة بلعان الزوجين وإن لم يقتن بمحكم القاضي ومنها: قول الرسول ﷺ ((المتلاعنان لا يجتمعان))<sup>(٦)</sup>. وجه الاستدلال به هو أن القول ببقاء الزواج بعد تمام لعانها يصطدم مع هذا النص. وقول الرسول ﷺ للزوج الملاعن - بعد لعانه -: ((لا سبيل لك عليها)) قالوا: لفظ (سبيل) نكرة في سياق النفي يفيد العموم. وقول علي عليه السلام وابن مسعود (مضت

(١) في شرح الخرشي (١٣٤/٤): (إن ثمرة اللعان ستة أشياء، ثلاثة مترتبة على لعان الزوج: رفع الحد عنه؛ وإيجاب الحد على الزوجة. وقطع نسبه من حمل أو ولد منفي. وثلاثة مترتبة على لعان الزوجة: رفع الحد عنها. وفسخ نكاحها اللازم. وتأييد حرمتها).

(٢) في إيضاح الفوائد (٤٥١/٣): (يتعلق بلعانها معاً أحكام أربعة: الفراق فلا تصير وارثاً. التحريم المؤبد فلا تحل له أبداً. سقوط الحدين. أنتفاء الولد عن الرجل دون المرأة. ولا تقتصر الفرقة على تفريق الحاكم بينهما بل تحصل بنفس اللعان. وفرقة اللعان فسخ لا طلاق).

(٣) في المحلى (١٠/١٤٣): (فإن التعنت برئت من الحد وانفسخ نكاحها منه وحرمت عليه أبداً الأبدين، ولا تحل له أصلاً، ويتمام اللعان تقع الفرقة).

(٤) في الهداية مع فتح القدير (٢٨٦/٤): وقال زفر تقع الفرقة بتلاعنها لأنه تثبت الحرمة المؤبدة بحديث (المتلاعنان لا يجتمعان أبداً).

(٥) في المغني ٧/٤١٠ والرواية الثانية تحصل الفرقة بمجرد لعانها وهو قول مالك ودأود وزفر).

(٦) نيل الأوطار ٦/٣٠١.

السنة في المتلاعنين أن لا يجتمعا ابداً<sup>(١)</sup>.

فهذا يدل على أن لعان الزوجين يترتب عليه التحريم المؤبد وهو يستلزم وجود الفرقة بعد اللعان مباشرة.

وقال الباجي<sup>(٢)</sup>: حديث عويمر حجة على أن الفرقة تقع بعد اللعان وإن لم يقتن بالقضاء بدليل أنه ورد فيه (قبل أن يأمره رسول الله به) إذ هذا الكلام يدل على أن الفرقة تقع من غير حكم الحاكم.

القياس: قالوا: أن هذه الفرقة كالفرقة بالتحريم بالرضاع والمصاهرة في أنها تقتضي التحريم المؤبد فكما أن حكم المقيس عليه لا يحتاج إلى القضاء فكذلك حكم المقيس<sup>(٣)</sup>.

ج - وقال الشافعية: أن الفرقة تقع بتمام لعان الزوج وإن لم تلتعن الزوجة<sup>(٤)</sup> ولم يحكم بها القاضي<sup>(٥)</sup>.

ولا نجد - حسب ما اعلم - أحداً من فقهاء المسلمين يتفق مع الشافعية في قولهم بالفرقة بمجرد لعان الزوج.

وقد اشتبه الأمر على الأستاذ الشيخ فرج السنهاوري (رحمه الله) حيث قال: (وقيل تقع الفرقة أيضاً بتمام لعان الزوج وإن لم تلتعن المرأة وهو ظاهر قول مالك في الموطأ وقول أصبغ)<sup>(٦)</sup>.

(١) المرجع السابق ٣٠٤/٦.

(٢) المنتقى شرح الموطأ للباجي ٧٣/٤.

(٣) المنتقى شرح الموطأ ٧٣/٤.

(٤) في قليوبي وعميرة (٣٧/٤): (ويتعلق بلعانه فرقة ولو كان كاذباً أو لم تلعن هي أو لم يحكم الحاكم به).

(٥) في شرح التحرير مع الشرقاوي (٢٠٨/٢ - ٣٠٩): (ويحصل بلعانه ستة أحكام: أنتفاء نسب نفاه به. ودرء الحد عنه لها وتحريم المرأة مؤبداً. وإيجاب الحد عليها. وانفساخ النكاح ظاهراً وباطناً كالرضاع. وسقوط حضانتها في حقه) وعلق الشرقاوي على تعبير (بلعانه قاتلاً): (أي بعد فراغه منه من غير توقف على لعانها ولا قضاء القاضي).

(٦) استاذنا الشيخ فرج السنهاوري، محاضرات في موضوع (النسب) القاها على طلبة الدارسات العليا - كلية الحقوق - جامعة القاهرة ١٩٧٢ من ٦٢ وكنت أحد تلاميذه أنشد جزاء الله عنا خير الجزاء.



وهذا مخالف تماماً لما جاء في الموطأ وشرحه المنتقى مما نصه: (ولا تقع الفرقة بالتعان الزوج حتى تكمل المرأة الإلتعان خلافاً للشافعي في قوله تقع الفرقة بالتعان الزوج وروى أصبح عن ابن القاسم في العتبية أن الفرقة تقع بلعان الزوج ولكن لا تتم الا بلعائها. وهذا الخلاف في المذهب إنما هو خلاف في عبارة لان الفرقة لا تتبععض، ولا خلاف عند اصحابنا أنها لو لم تلاعن لم تثبت بينهما فرقة وكذلك لو اكذب نفسه قبل تمام التعانها وقد نص عليه مالك<sup>(١)</sup>).

ويتضح لنا من هذا الكلام:

١- أن احدا من المالكية لم يتفق مع الشافعي لان من قال تقع الفرقة بلعان الزوج قال لا تتم الا بلعائها.

٢- أن من قال تقع بلعان الزوج اذا تم لعان الزوجة بعده لا يختلف في المعنى مع من قال لا تقع الا بلعائها لان الخلاف لفظي كما قال الباجي: (انما هو خلاف في عبارة).

٣- لم يقل احد من المالكية اذا لم تتلاعن الزوجة تقع الفرقة خلافا لما اجمع عليه الشافعية من أن لعان الزوج تترتب عليه الفرقة وان لم تتلاعن الزوجة أو لم يحكم القاضي بها.

٤- قول الباجي (وقد نص عليه مالك) يعني أنه نص على أن من أكذب نفسه قبل تمام لعان زوجته لا تقع الفرقة.

**الترجيح:**

أرى أن الأفقه هو ما ذهب اليه الحنفية ومن هذا حذوهم لسببين:  
الأول - ثبوت قضاء الرسول ﷺ بالفرقة بعد لعان المتلاعنين وذلك في روايات كثيرة كما ذكرنا.

الثاني - اجماع فقهاء المسلمين على أن اللعان يجب أن يكون أمام القاضي أو من ينوب عنه ومن البدهي أن كل اجراء قضائي يجب أن ينتهي بحكم القاضي.

(١) أنظر المنتقى شرح الموطأ ٧٣/٤.

**ب - ردة أحد الزوجين:**

المرتد هو الذي يكفر بعد الاسلام سواء كان الكفر قد سبق اسلامه أو لا، وسواء كان الارتداد بالفعل كالسجود والعبادة لمخلوق من الجهاد أو النبات أو الحيوان أو الانسان وكالقاء القرآن في القاذورات، وكل فعل آخر يدل صراحة على الاستهزاء بالدين الاسلامي □ ام كان بالقول كاللفظ الدال صراحة على أنكار ما علم ثبوته من الاسلام ثبوتاً بديهياً أو على تحريم ما حلّه الاسلام أو تحليل ما حرّمه □ وسواء أكان كل ذلك عناداً ام اعتقاداً ام استهزاء...

ويشترط في المرتد البلوغ، والعقل، والاختيار، والقصد. وللمرتد أحكام كثيرة، والذي يهمننا هنا حكم زواجه اذا كان متزوجاً.

لا خلاف بين فقهاء المسلمين - باستثناء الظاهرية - في أن ارتداد احد الزوجين قبل الدخول تترتب عليه الفرقة مباشرة<sup>(١)</sup>.

لا خلاف في أن ارتداد احدهما سيؤدي حتماً الى الفرقة بعد أنقضاء العدة اذا لم يتراجع خلالها في حالة كون الارتداد بعد الدخول.

وانما الخلاف في أن الفرقة هل تحصل بعد الارتداد دون انتظار أنقضاء العدة اذا كان بعد الدخول أولاً؟ حسب التفصيل الآتي:

١ - ذهب الحنفية<sup>(٢)</sup> والمالكية<sup>(٣)</sup>، والحنابلة في احد القولين<sup>(١)</sup>، والزيدية: الى أن ارتداد

(١) في ايضاح الفوائد شرح القواعد (١٠٤/٣): (اتفق علماء الاسلام الا داود الظاهري على أنه اذا ارتد احد الزوجين قبل الدخول أنفسخ النكاح).

(٢) في الاختيار لتعليل المختار (١٦٢/٣ - ١٦٣) (إذا ارتد احد الزوجين وقعت الفرقة بغير طلاق. وقال محمد: أن كان المرتد هو الزوج فالفرقة طلاق. فان كان الارتداد بعد الدخول فلها مهر المثل وقبلة لا شيء لها ولا نفقة. وان كان المرتد الزوج فالكل بعد الدخول ونصف قبله).

(٣) في الشرح الصغير مع الصاوي (٢/٢٨٨): (فان ارتد المحصن بطل احصائه فاذا اسلم وزنى لا يرجم). وفيه ايضاً (فاذا حللها شخص ثم ارتدت ثم رجع للإسلام لا تحل لمبتها حتى تنكح زوجاً لانها ابطلت النكاح الذي احلها). وفي شرح الحطاب (٣/٤٧٩): (ان ردة احد الزوجين طلقة بائنة).

في المغني (٦/٦٣٩): (واذا ارتد الزوجان معا فحكمهما حكم ما لو ارتد احدهما أن كان قبل الدخول تعجلت الفرقة، وان كانت بعده فهل تتعجل أو يقف على أنقضاء العدة؟ اختلفت الرواية عن احمد فيما ارتد احد الزوجين بعد الدخول ففي احدهما تتعجل الفرقة وهو قول ابي حنيفة ومالك).

احد الزوجين تترتب عليه الفرقة سواء كانت الردة قبل الدخول أو بعده لكن قال الحنفية أن ارتدا معا ثم اسلما معا فهما على نكاحهما لان بني حنيفة ارتدوا في زمن ابي بكر ثم اسلموا فاقروهم على أنكحتهم ولم يأمرهم بتجديد الأنكحة بمحضر الصحابة رضي الله عنه من غير نكير من احدهم فكان اجماعاً<sup>(١)</sup>.

ويناقش هذا الرأي بما قاله ابن حزم رحمته الله من أن اهل الردة كانوا قسمين: قسم لم يؤمن قط كأصحاب مسيلمة وسجاح فهؤلاء حرييون لم يسلموا قط لا يختلف احد في أنهم تقبل توبتهم واسلامهم. والقسم الثاني: قوم اسلموا ولم يكفروا بعد إسلامهم لكن منحو الزكاة من أن يدفعوها الى ابي بكر رضي الله عنه فعلى هذا قوتلوا<sup>(٢)</sup> اذن لا حجة للحنفية في هذه الواقعة.

٢ - وقال الشافعية<sup>(٣)</sup> والجعفرية<sup>(٤)</sup>، والحنابلة في احدى روايتي الأمام احمد<sup>(٥)</sup>: الارتداد من احد الزوجين أو كليهما قبل الدخول تترتب عليه الفرقة حالا. أما بعد الدخول فلا تعتبر رابطة الزوجية منتهية ما لم تنقض العدة والمترد على ارتداده وبناء على ذلك اذا رجع الى الاسلام قبل انتهاء العدة تكون الزوجية قائمة ومستمرة دون حاجة الى تجديد الزواج. غير أن فقهاء الجعفرية ذهبوا الى تفصيل لم اره لدى أي مذهب آخر من المذاهب الاسلامية وهو التفريق بين مرتد كان مسلماً بالفطرة بان كان من ابيوين

(١) في التاج المذهب (٨/٢) (فاذا كان الاختلاف بان ارتد احدهما فانه يفسخ النكاح وتبين الزوجية في الحال وسواء كانت مدخولا بها ام غير مدخولة. قال الأمام رحمته الله): وهو الذي قصدنا بقولنا ويرتفع النكاح بتجرد اختلاف الملتين أي بطرد اختلاف ملتى الزوجين).

(٢) الاختيار لتعليل المختار ١٦٣/٣.

(٣) المحلى ١٩٣/١١.

(٤) في المذهب (٥٤/٢): (اذا ارتد الزوجان أو احدهما: فان كان قبل الدخول وقعت الفرقة. وان كان بعد الدخول وقعت الفرقة بعد أنقضاء العدة فان اجتمعا على الاسلام قبل الانقضاء فهما على النكاح).

(٥) في شرائع الاسلام (١٠٦/٣): (ولو اسلم ثم ارتد فانقضت العدة من حين اسلامه. على كفرهما تبين الفسخ من حين الاسلام وان اسلمت في العدة تبين عدم الفسخ بالاسلام وتضرب لها العدة من حين الارتداد فان عاد اليها فهو احق بها والا بانث من حين ردت).

(٦) في المغني (٦٣٩/٦): (قال احمد في رواية منصور اذا ارتدا معا أو احدهما ثم تابا أو تاب فهو احق بها ما لم تنقض للعدة) ويلاحظ أن هذا اذا كانت الردة بعد الدخول.

مسلمين تولد مسلما ونشأ مسلما. ثم ارتد وهو بالغ عاقل مختار، وبين مرتد أسلم بعد أن لم يكن مسلما حيث استخدم فقهاء الجعفرية الشدة ضد مرتد كان مسلما بالفطرة قالوا: أن ارتد: أنفسخ النكاح في الحال ولو كان بعد الدخول، لأنه لا يقبل عودته الى الاسلام وان التفريق بين حالتي الدخول وعدم الدخول إنما يكون بالنسبة لمرتد كان متحولاً من غير الاسلام الى الاسلام<sup>(١)</sup>.

ومنشأ خلاف الفقهاء فيما يترتب على ارتداد أحد الزوجين. أو كليهما هو الاختلاف في تفسير قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَاْمْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَآتُوهُنَّ مَا أَنْفَقُوا وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُوفَرِ الْآيَةَ...﴾<sup>(٢)</sup>

### ج - إباء أحد الزوجين الاسلام بعد اعتناقه من الآخر:

يترتب على اسلام أحد الزوجين أو كليهما أحكام تتعلق بعلاقتهم الزوجية، منها متفق عليها ومنها يختلف فيها:  
الأحكام المتفق عليها:

١- لا خلاف في أن الزوجين غير المسلمين اذا أسلما معا بقيا على زواجهما السابق، إن لم يكن هناك مانع من موانع الزواج كالنسب والرضاع، وإن تم عقد زواجهما في حينه بدون ولي ولا شهود، بدليل أنه أسلم أناس كثيرون في عهد الرسالة فأقرهم الرسول ﷺ على أنكحتهم ولم يسألهم عن مثل هذه الشروط.

<sup>(١)</sup> في شرائع الاسلام (٢/ ٢٥٩): (المرتد الذي يكفر بعد الاسلام له قسمان: الأول - من ولد على الاسلام وهذا لا يقبل اسلامه لو رجع ويتحتم قتله وتبين منه زوجته) القسم الثاني من اسلم عن كفر ثم ارتد فهذا يستتاب فان امتنع قتل واستتابته واجبة. وينفسخ العقد بينه وبين زوجته ويقف نكاحها على أنقضاء العدة وهي كمدة المطلقة).

<sup>(٢)</sup> ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَاْمْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَآتُوهُنَّ مَا أَنْفَقُوا وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُوفَرِ وَاسْأَلُوا مَا أَنْفَقْتُمْ وَلَيْسَ أَلَا مَا أَنْفَقُوا ذَلِكَ حُكْمُ اللَّهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ (الممتحنة: ١٠). للاطلاع على اختلاف الفقهاء في تفسير هذه الآية راجع تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن لأبي عبدالله محمد بن احمد الانصاري القرطبي ١٨/ ٦٠- ٦٨).

٢- لا خلاف بين الفقهاء - باستثناء الزيدية<sup>(١)</sup> - في أنهما إذا كانا كتابيين كالمسيحيين واليهود، يعتبر زواجهما مستمرا أن أسلم الزوج واحتفظت الزوجة بالبقاء على دينها، لأن للمسلم أن يتزوج الكتابية، فما جاز ابتداءً يجوز بقاء أيضا.

٣- لا خلاف في أنه إذا أسلمت الزوجة وحدها وامتنع الزوج عن الإسلام بعد عرضه عليه، يفرق بينهما لقوله تعالى: ﴿إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ... الآية﴾.

٤- لا خلاف في أنه إذا أسلما معاً وكان بينهما مانع من موانع الزواج في ميزان الشريعة الإسلامية يفرق بينهما.

وانما الخلاف فيما عدا ذلك على التفصيل الآتي:

قال الشافعية<sup>(٢)</sup>، والجعفرية<sup>(٣)</sup>، والحنابلة إلا في رواية للإمام أحمد<sup>(٤)</sup>: الزوجان إمّا أن يكونا كتابيين أو لا، ولكل حكمه الخاص.

١- إذا كانا كتابيين أو كانت الزوجة كتابية:

أ - إن أسلم الزوج دون الزوجة يبقى الزواج مستمرا، سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده، ما لم يكن هناك مانع من موانع الزواج بينهما.

ب - وإن أسلمت الزوجة فقط، تقع الفرقة حالا في حالة عدم الدخول وتقع بعد انقضاء العدة إذا كان الإسلام بعد الدخول، وإن أسلم الزوج خلال مدة العدة بقي الزواج مستمرا، ما لم يكن هناك مانع شرعي من موانعه.

٢- وإذا كانا غير كتابيين وأسلم أحدهما قبل الآخر:

أ - أن كان الإسلام قبل الدخول تقع الفرقة حالا.

ب - وإن كان بعد الدخول فلا فرقة ما لم تمض مدة تساوي مدة العدة مع اصرار الطرف غير المسلم على امتناعه عن الدخول في الإسلام. وانما قالوا بالفرقة قبل

(١) يرى بعض فقهاء الزيدية أن الزواج ينفسخ بمجرد اسلام أحد الزوجين سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده لقول الرسول ﷺ (لا نكاح بين اهل ملتين). أنظر البحر الزخار ٧٢/٢.

(٢) المذهب ٥٢/٢.

(٣) أنظر ايضاح الفوائد ١٠٥/٣، شرائع الاسلام ١٩/٢.

(٤) في المغني (٦١٤/٦) (إذا أسلم أحد الزوجين غير الكتابيين أو كتابي وغير كتابية قبل الدخول حصلت الفرقة بينهما حالا ويكون ذلك فسخا لا طلاقا وللإمام أحمد رواية وقف التفريق على انقضاء العدة (أي كما هو الحال إذا أسلم أحدهما بعد الدخول).

الدخول حالا في جميع الصور، لأنّ الزواج قبل الدخول غير متأكد بخلاف ما بعده.  
وفرق الحنفية بين دار الاسلام ودار الحرب:

أ - إذا كان اسلام احد الزوجين في دار الاسلام:

- ١- فان أسلمت الزوجة عرض على الزوج الاسلام فان أسلم فهي زوجته، وإن أبى يفرّق القاضي بينهما، فالتفريق مبني على الإباء الذي هو معصيته دون الاسلام الذي هو عبادة وطاعة. والتفريق طلاق عند أبي حنيفة ومحمد لأنه مبني على إباء الزوج، وفسخ عند أبي يوسف لأنه مبني على سبب مشترك.
- ٢- وإن أسلم الزوج والزوجة غير كتابية: فان أسلمت بعد عرض الاسلام عليها فالزواج باق، وإلا فرّق القاضي بينهما.

ب - وإن كان الاسلام في دار الحرب:

- ١- فان كانا كتابيين أو الزوجة كتابية وأسلم الزوج يبقى الزواج مستمرا ما لم يكن هناك مانع.
- ٢- وإن لم تكن الزوجة كتابية فأسلم أحدهما، أو كانت كتابية فأسلمت هي دونه، ففي الصورتين تتوقف البينونة بينهما على مضيّ العدة وعدم إسلام الآخر خلالها، لأنه لا بد للفرقة بينهما من عرض الاسلام على الطرف غير المسلم، ولا قدرة على العرض في دار الحرب، فتحل العدة محله سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده<sup>(١)</sup>.

وجدير بالذكر أن تقسيم العالم إلى دار الإسلام ودار الحرب لم يبق له الوجود، ولذلك يُعد هذا التقسيم عبثا من الناحية العملية.

للمالكية: ولفقهاء المالكية تفصيل آخر كما يلي:

أ - إذا أسلم الزوج والزوجة غير كتابية:

- ١- أن كان قبل الدخول: فعن مالك تتوقف الفرقة على معرفة موقف الزوجة، فان أسلمت وإلا فرّق بينهما. وهذا يتفق مع رأي الحنفية. وقال أشهب وأصبغ من فقهاء مالك تنقطع العصمة بينهما حالا. وهذا يتفق مع الشافعية والحنابلة والزيدية.

وجه قول مالك: أن اسلام الزوج إنما يمنع استدامة النكاح ولا يتضمن إيقاع

(١) الاختيار لتعليل المختار ٣/١٦٠. شرح فتح القدير ٣/٤١٨ - ٤٢٢.

الفرقة والذي يقتضيها هو إباء الطرف الآخر. ووجه قول أشهب واصبغ: المانع من استدامة نكاحهما هو اسلام أحد الزوجين دون الآخر، فإذا وجد قبل البناء فإنه يقطع العصمة كما لو أسلمت الزوجة أولاً.

٢- وإن كان اسلامه بعد الدخول فقال مالك يُعرض عليها الاسلام فإن أسلمت والا فسخ نكاحها، وهذا أيضا يتفق مع رأي الحنفية وعن ابن القاسم يُعرض عليها الاسلام وتعطى لها مهلة من يوم الى ثلاثة أيام.

وقال أشهب يعرض عليها الاسلام ففي حالة العرض لا مهلة لها، فإن أسلمت، والآ فلا سبيل له اليها. وهذا مبني على أن اسلام الزوج لا تقع معه الفرقة وإنما الفرقة بالحكم بعد العرض أو بالاغفال، ففي حالة عدم العرض (الاغفال) لها مهلة لمدة شهر عند ابن القاسم ثم يُفارق بينهما. وعند أشهب الفرقة تكون بامتناعها وانقضاء العدة.

وبذلك فرقوا بين حالة عرض الاسلام على الزوجة وبين حالة الاغفال وعدم العرض وترك الامر لارادتها واختيارها أن شاءت أسلمت وإن شاءت أصرت على دينها.

#### ب - إذا أسلمت الزوجة قبل الزوج:

١- إذا كان الاسلام قبل الدخول ولم يتبع اسلامها اسلام الزوج وقعت الفرقة بينهما حالا.

٢- وإن كان الاسلام بعد الدخول فإن أسلم الزوج في عدتها أو أسلما معا، قرر بقاء زواجهما وإن أسلم بعد العدة فُرق بينهما بالاجماع<sup>(١)</sup>.

#### الزيدية:

فرّقوا بين احكام الذميين والحريين كما يلي:

أ - إذا كانا حريين فأسلم أحدهما:

١- قبل الدخول تبين بمجرد اسلامها أو اسلامه.

٢- بعد الدخول تبين باختلاف الدين مع مضي العدة .

ب - وإذا كانا ذميين وأسلم أحدهما: تقع الفرقة بأحد الامرين الآتين:

١- بمضي مدة تعادل مدة العدة سواء كانت مدخولة ام غير مدخولة، أن لم يسلم

الاخر خلال هذه المدة.

(١) ينظر المنتقى شرح الموطأ ٣/٣٤٦. الشرح الصغير مع الصاوي ١/٣٧٧ - ٣٧٨.

٢- أو يعرض الاسلام على الذي لم يسلم، فان امتنع تقع البينونة بامتناعه ولو لم تمض العدة<sup>(١)</sup>.

وأرى أنَّ الأفقه هو ما ذهب اليه الحنفية لما يلي:

١- التفريق بين حكم المدخول بها وغير المدخولة رأي اجتهادي محض لا يؤيده نص ولا قياس.

٢- الفرقة بمشابة العقوبة على المعصية، فهي لا تترتب على إسلام أحد الزوجين، وإنما على إباء الآخر بعد تأكده بالعرض. اذا عرض الاسلام على الزوج الآخر عنصر يجب أن يتوفر أن امكن ذلك.

٣- اعتبار مضي مدة العدة - في حالة تعذر العرض - قرينة قائمة مقام العرض المطلوب لتدل على الإباء صراحة رأي فقهي ينسجم تمامًا مع الاجراءات القضائية المطلوبة هنا.

٤- لتثبيت اسلام المسلم من أحد الزوجين وتأكيد إباء الطرف الآخر من الضروري أن يتم التفريق على يد القضاء.

٥- اعتبار تفريق القاضي المبني على الإباء بعد العرض طلاقا اذا كان الممتنع زوجا، وفسخا أن كان الرفض من الزوجة كما ذهب الى ذلك ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله، فرق دقيق نابع من عمق فقهي لهذين الفقيهين العظميين.

## رابعاً - اعتداء أحد الزوجين على الآخر:

المصدر الرابع للضرر الارادي هو الشقاق واعتداء احد الزوجين على الآخر بفعل كالضرب أو كلام كالشتم، أو بكليهما كالاهانة□

ولرفع هذا الضرر الناشئ من سوء التفاهم والتشاجر والشقاق، ولدفع استمراره. ولمنع نتائجه السيئة على الزوجين والأولاد مباشرة وعلى المجتمع تسببا، أمر القرآن الكريم بتدخل التحكيم المشكل من حكم من أهل الزوج وأقاربه وحكم من أهل الزوجة وذويها، فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَأَنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا أَنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقَ اللَّهُ بَيْنَهُمَا أَنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾<sup>(٢)</sup>.

(١) التاج المذهب ٨٠/٢ - ٨١. البحر الزخار ٧٢/٣.

(٢) ﴿وَأَنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا أَنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقَ اللَّهُ بَيْنَهُمَا أَنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ (النساء: ٣٥).



سبق أن بينّا ما يتعلق بالشروط التي يجب توافرها في الحكمين. والذي يهمنا هنا هو مدى سلطتهما في التفريق بين الزوجين في حالة عدم تيسر الإصلاح كما في التفصيل الآتي:

١- لاختلاف بين فقهاء الشريعة في جواز ارسال الحكمين الى الزوجين اذا وقع بينهما التشاجر وجهلت احوالهما فيه فلم يعرف السبب ولا المقصر منهما وذلك لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا... الآية﴾.

٢- لا خلاف في أن الحكمين يكونان من أهل الزوجين أن امكن ذلك، احدهما من اهل الزوج والآخر من أهل الزوجة، وذلك للحفاظ على أسرار العائلة من جهة، ولما لهما من الحرص على الإصلاح بدافع صلة القرابة من جهة أخرى.

٣- لا خلاف في أنّ حكم الحكمين اذا اختلفا فيما وصلا اليه من نتائج دراسة احوال الزوجين لا يُنفذ وانما يبدلان بآخرين، أو يضاف اليهما ثالث. وانما الخلاف في مدى سلطة الحكمين في التفريق المبني على الاختلاف في طبيعة صفة هذين المصلحين، هل لهما صفة الحكم بالمعنى الشرعي الحقيقي لهذا المصطلح، فعندئذ لهما حق التفريق أن فشل الإصلاح، أو أنهما وكيلان يجب أن يلتزما بان يتصرفا في حدود الوكالة فلا تفريق ما لم يسبقه اذن بذلك من الزوج؟

وانبثاقا من هذا الواقع أنقسم الفقهاء الى فريقين: فريق اقرار السلطة وفريق الرفض. **الفريق الأول** - يتكون من فقهاء المالكية، والزيدية، والشافعي في أحد قوليّه، والإمام أحمد في إحدى روايتيه:

**المالكية:** قالوا: يجب على الحكمين الإصلاح ما استطاعا، فان تعذر حكما بالتفريق، ونفذ حكمهما من القاضي ظاهرا وباطنا، وان لم يرض به الزوجان والقاضي، أو كان الحكم مخالفا لمذهب القاضي، اذ لا يشترط موافقتهما له في المذهب. سواء كان الحكمان من جهة الزوجين أو من جهة القاضي. لكن عليهما أن يقتصرّا على طلبة واحدة، لأن هذا التفريق للضرورة والضرورات تقدر بقدرها. وأمّا كون الطلاق مجانا أو بعوض (خلعا) فهو منوط بالنتيجة التي يصل اليها الحكمان من دراسة احوال الزوجين، ومعرفة اساس الشقاق والطرف المقصر، فعندئذ يكون الطلاق بلا عوض أن كانت الاساءة من الزوج، وبعوض أن كانت من الزوجة، وان اساء معا بان كان كل منهما يضر صاحبه، تعيين الطلاق بلا عوض عند أكثر فقهاء المالكية. ويرى المالكية أنّ على القاضي أن ينفذ حكمهما بالتفريق والطلاق، ولا يجوز له تعقبه ولا نقضه وان خالف

مذهبه وذلك لقوله تعالى: ﴿فَابْتَئُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ الآية ﴿فَسَاوَاهَا الْقُرْآنُ حَكِيمِينَ﴾<sup>(١)</sup>.

الزيدية: يرى بعض فقهاء الزيدية: أن على الحكمين بعد مخاصمة كل من الزوجين أن يجتهدا في الجمع بالتراضي فان تعذر فالفرقة على عوض أو غيره حسبما يريان<sup>(٢)</sup>.  
الشافعي في أحد قوليه: واختلف رأي الشافعي في صفة الحكمين وبالتالي في سلطتهما فقال في أحد قوليه: هما حكام فلهما أن يفعلا ما يريان من الجمع أو التفريق بعوض وغير عوض لقوله تعالى: ﴿فَابْتَئُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ الآية ﴿حيث لم يعتبر القرآن رضا الزوجين﴾<sup>(٣)</sup>.

الإمام أحمد في إحدى روايته: عن الإمام أحمد رحمه الله روايتان: أحدهما أنهما حكام، ولهما أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق بعوض وغير عوض ولا يحتاجان الى توكيل الزوجين ولا رضاهما. ويروى هذا الرأي عن علي بن أبي طالب عليه السلام، وابن عباس عليهما السلام، وأبي سلمة بن عبد الرحمن، والشعبي، والنخعي، وسعيد بن حبيب، والأوزاعي، وإسحاق، وابن المنذر لقوله تعالى ﴿فَابْتَئُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ﴾ الآية<sup>(٤)</sup>.  
ويبدو أن أهم دليل استند اليه هذا الرأي هو هذه الآية الكريمة حيث فسروها بما يؤيد اجتهادهم من أنهما حكام وليسا وكيلين فلهما سلطة الاصلاح والتفريق في وقت واحد.

الفريق الثاني: قالوا: أن الحكمين وكيلان وليس لهما الا سلطة الاصلاح أو تقديم تقرير الى القاضي يرفعان فيه ما وصلا اليه من نتائج دراسة احوال الزوجين، ولهما حق التوصية إما بابقاء واستمرار الزوجية بعد حل المشاكل القائمة، أو توصية الطلاق من الزوجين فان أبى فالتفريق من القاضي على رأي من يقول بسلطة القاضي في ذلك. وقد تجنّى هذا الاتجاه فقهاء الحنفية، والجعفرية، والظاهرية، وبه قال الشافعي في أحد قوليه، والإمام أحمد في إحدى روايته، كما في التفصيل الآتي:

(١) أنظر المنتقى شرح الموطأ ١١٣/٤ - ١١٥. شرح الغرشي ٨/٤ - ١٠. الشرح الصغير مع الصاوي ٤٠٨/١ - ٤٠٩، بداية المجتهد ٨١/٢ - ٨٢.

(٢) البحر الزخار ٩٠/٣.

(٣) المهذب ٧٠/٢، المغني لابن قدامة ٤٩/٧.

(٤) (وَأَنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْتَئُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا أَنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا أَنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا) (النساء: ٣٥). المغني لابن قدامة ٤٩/٧.

الحنفية: قال الجصاص: أن الحكمين عند أبي حنيفة وأصحابه وكيلان أحدهما وكيل الزوجة والآخر وكيل الزوج بدليل قوله تعالى: ﴿أَنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ ولم يقل أن يريدَا فرقة<sup>(١)</sup>.

الجعفرية: قال فقهاء الجعفرية: أن الحكمين وكيلان ليس لهما سلطة التفريق، وإنما مهمتهما تقتصر على محاولة الإصلاح، ثم تقديم تقرير إلى القاضي أن تعذر الإصلاح. فما لم يكونا تحولين من الزوجين بالطلاق (أو التفريق) ليس لهما ذلك<sup>(٢)</sup>.

الظاهرية: قال ابن حزم الظاهري (رحمه الله): ليس في الآية ولا شيء من السنن أن للحكمين أن يفرقا، ولا أن ذلك للحاكم. وقال عليه السلام: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾. فصح أنه لا يجوز أن يطلق أحد على أحد، ولا أن يفرق بين رجل وامرأته إلا حيث جاء النص بوجوب فسخ النكاح فقط، ولا حجة في قول أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم<sup>(٣)</sup>.

الشافعي في أحد قوليه: قال أبو إسحاق الشيرازي (رحمه الله): (واختلف قوله في الحكمين فقال أحد القولين: هما وكيلان فلا يملكان التفريق إلا باذنهما لأن الطلاق إلى الزواج وبذلك المال إلى الزوجة فلا يجوز إلا باذنهما)<sup>(٤)</sup>.

الأمام أحمد في إحدى روايته: قال ابن قدامة (رحمه الله): (واختلف الرواية عن أحمد (رحمه الله) في الحكمين ففي إحدى الروايتين عنه أنهما وكيلان لهما لا يملكان التفريق إلا باذنهما)<sup>(٥)</sup>.

واستدل أصحاب هذا الرأي بأدلة أهمها:

- ١- القرآن حدد مهمة الحكمين بالإصلاح فقال: ﴿أَنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾.
- ٢- أن الأصل أن الطلاق لا يملكه إلا الزوج، أو من يخوله هو.
- ٣- التفريق إخراج ملك من صاحبه بدون رضاه وهذا غير صحيح لأن حل التمتع بالزوجة ملك الزوج، والمهر المؤجل ملك الزوجة فهي قد تخسره بالتفريق إذا ثبت أن التقصير منها.

(١) أحكام القرآن للجصاص ١٥٦/٣ - ١٥٤.

(٢) شرائع الإسلام ٤٢/٢، المختصر النافع ص ٢٧١.

(٣) المحلى لابن حزم ٨٨/١٠.

(٤) المذهب لابن أبي إسحاق الشيرازي ٧٠/٢. قارن المجموع شرح المذهب ٣٢٩/١٥.

(٥) المعنى لابن قدامة ٤٩/٧.

٤- روى أن علي بن أبي طالب عليه السلام بعث حكيمين قال: أتدريان ما عليكما؟ إن رايتما أن تجمعما جمعتما، وإن رايتما أن تفرقا فرقتما. فقالت المرأة رضييت بكتاب الله وبما فيه لي وعلي. فقال الرجل أما الفرقة فلا. فقال علي والله لا تفلت مني حتى تقر بمثل ما أقرت به المرأة<sup>(١)</sup>.

فقالوا هذا الكلام بين علي بن أبي طالب وبين الزوج يدل على أن الحكمين لا يستطيعان التفريق إلا باذن الزوج.

وإرى أن كلاً من الاتجاهين لا يخلو من نوع من التطرف ففي الرأي الأول إفراط يعطى الحكمين سلطة أكثر من اللازم،

وفي الاتجاه الثاني تفريط ينقص من القيمة العلمية لمهمة الحكمين التي أقرها القرآن الكريم.

والذي يبدو لي هو أن الحكمين سلطتهما أقوى من سلطة الوكيلين، بدليل أن القرآن سماهما الحكمين وطلب أن يتميزا من الوكيل العادي بأن يكونا من أهل الزوجين ولكن هذه السلطة لا تقولهما بالتفريق دون أن يكون للقاضي حكم في الموضوع والسلطة.

وبناء على ذلك يعتبر الحكمان حلقة وصل بين القضاء وبين العائلة التي حلت بها مأساة الشقاق والتشاجر، فهما أن اتفقا على أن العلاج هو إنهاء رابطة الزوجية يكون للقاضي ملزماً بأن يأخذ بما يريانه فعليه أن يعرض الطلاق على الزوج فإن أبى، يحل محله ويفرق بينهما.

(١) وفي رواية (كذبت حتى يحكم كتاب الله لك وعليك). وفي أخرى (حتى ترضى بكتاب الله) أنظر بداية المجتهد ٨٢/٢. احكام القرآن للحبصا ص ١٥٢/٣.  
لكن هذا الدليل الاخير كما يصلح أن يكون دليلاً للرأي الثاني، يمكن أن يحتج به أصحاب الرأي الأول أيضاً.

## المبحث الثالث

### موقف القانون من التفريق قضاء

المقصود من القانون هو قانون الأحوال الشخصية للبلاد الإسلامية، لأن كل ما يتعلق باحكام الطلاق والتفريق في البلاد الأخرى يأتي في الباب الخامس من هذا الكتاب. والقانون في البلاد العربية أخذ بتعداد الأسباب، ونتيجة لعدم الأخذ بمعيار الضرر حصل اختلاف كبير لقوانين هذه البلاد في طبيعة الأسباب وشروطها. وأحاول في هذا البحث ارجاع جميع هذه الأسباب الى الضرر اللا ارادي والضرر الارادي.

#### أولا. الضرر اللا ارادي:

المقصود من الضرر اللا ارادي هو أن لا يكون لارادة احد الزوجين دور في نشوء مصدره لا مباشرة ولا تسببا، كالأضرار التناسلية وغير التناسلية من الامراض البدنية المعدية أو المنقّرة، أو الأمراض العقلية، أو العاهات المستدime، وغيرها مما لا يرجى شفاؤها ولا يستطيع استمرار الحياة الزوجية مع قيام الضرر الناشء عنها.

وقد اتفقت القوانين الإسلامية - التي اطلعت عليها - على جواز التفريق قضاء عند ثبوت مرض من هذه الامراض بعد توفر الشروط المطلوبة فيه كالعراقي (م٤٣/٤-٦)، والاردني المواد (١١٣-١٢٢)، والسوري المواد (١٠٥-١٠٨)، والمصري المواد (٩-١١)، والمغربي (ف٥٤-٥٥).

#### لكنها اختلفت في التفصيل الآتي:

- ١- حق طلب التفريق ثابت للزوجة دون الزوج - لانه يملك الطلاق - في العراقي (م٤٣)، المصري (م٩)، السوري (م١٠٥) اخذت بمذهب الحنفية. وللزوج ايضا في الاردني (م١١٣، ١١٧)، والمغربي (ف٥٤).

وهذا الاتجاه الثاني هو الافقه، لأنه موافق لرأي جمهور فقهاء المسلمين، ومحقق للعدالة والمساواة فيما يترتب على الزواج من الآثار الايجابية والسلبية. ومن الجدير بالذكر أن هناك فرقا جوهريا بين الطلاق والتفريق من حيث الآثار: فالزوج في الطلاق ملزم

بتسديد الحقوق المتأخرة للزوجة وإن كان السبب منها، بخلاف التفريق، فإنه لا يلزم بذلك ما دامت الزوجة هي السبب.

٢- يسقط حق طلب التفريق في حالة علم المتضرر بالعيب (منشأ الضرر) قبل العقد أو بعده مع رضائه به صراحة أو دلالة (ضمنًا) في القانون الاردني باستثناء العنة (م١١٤)، السوري (م١٠٦)، المصري (م٩)، المغربي (ف ١/٥٤) ولكن النص العراقي (م٤٣/٤-٦) ورد مطلقا، والمطلق يحمل على اطلاقه ما لم يقد دليل على تقييده ولا دليل.

وأرى أن المشرع العراقي هو المصيب، لأن علة الحكم عبارة عن الضرر الذي لا يطاق سواء وجد قبل العقد أم بعده، قبل الدخول أم بعده، رضي به المتضرر في فترة زمنية أم لا. ثم أنه لا يجوز اجبار المتضرر على الصبر مدى الحياة لانه قبل الضرر في يوم ما. والقاعدة الأصولية تقضي بدوران الحكم مع علته وجودا وعدما. لذا أقترح أن تحذف هذه بقية قوانين العالم الاسلامي.

٣- اشترط الاردني (م١١٣) أن لا يكون طالب التفريق مصابا بنفس المرض أو بما يقرب منه في الضرر، والا يسقط حقه في طلب التفريق. فالزوجة الرتقاء أو القرناء ليس لها طلب التفريق لعنة زوجها وقل مثل ذلك بالنسبة لبقية الأمراض. وأقترح أن يهمل هذا الشرط ما دامت ثمرة الحياة الزوجية مفقودة فعلا بسبب مرض أحدهما سواء كان الآخر مصابا به، أم بمثله أم لا، اذا لم يكن هناك رجاء للشفاء والصبر على الضرر.

٤- من وجهة نظر المشرع الأردني (م١١٧، م١١٨) لا تفريق اذا حدث المرض بعد الدخول ولو كان الدخول مرة واحدة سواء رضى به المتضرر أم لا. وهذا الرأي على الرغم من أنه قال به بعض الفقهاء - كالحنفية - فإنه يتعارض مع القواعد العامة في الشريعة الاسلامية منها ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ ((لا ضرر ولا ضرار)). لذا أقترح إهماله.

٥- اقتصر المشرع السوري (م ٢/١٠٥) في الامراض غير التناسلية على الجنون فقط اذا طرأ بعد العقد. فهذا التحديد يتنافى مع القواعد العامة الاسلامية الآمرة بإزالة الضرر أيًا كان مصدره ما لم يقبله المتضرر بصورة دائمة صراحة أو ضمنا. ويلاحظ أن القوانين المذكورة متفقة فيما يلي:

- أ - اعتبار التفريق للضرر اللارادي طلقة بائنة.  
 ب - تأجيل التفريق سنة في كل سبب يتوقع زواله.  
 وكلا الحكمين يتفقان مع روح الاسلام والعدالة.

## ثانيا - الضرر الارادي:

- يعتبر الضرر اراديا اذا كان لارادة احد الزوجين دخل - مباشرة أو تسببا - في حدوثه.  
 ويمكن ارجاع منشأ هذا النوع من الضرر الى ما يلي:  
 أ - حرمان الزوجة من النفقة.  
 ب - حرمان الزوجة من المعاشرة.  
 ج - اعتداء احدهما على الآخر.  
 د - ارتكاب احدهما المعصية يترتب عليها ضرر الآخر.  
 ونوضح فيما يلي موقف القانون من هذه الحالات.

### أ - الحرمان من النفقة:

حق الزوجة في طلب التفريق قضاء اذا تضررت بسبب حرمانها من النفقة أقره القانون العراقي (م ٤٣/٧، ٨، ٩) والاردني المواد (١٢٧-١٣١)، والسوري المواد (١١٠-١١١)، والمصري المواد (٤-٦)، والمغربي (ف ٥٣)، والتونسي (ف ٣٨-٤٠)، والمشروع الكويتي المواد (١٠٨-١٠٩). غير أن هذه القوانين اختلفت في الاحكام الآتية:

١- أنفرد العراقي (م ٤٥) باعتبار التفريق لعدم الانفاق طلقة بائنة خلافا لبقية القوانين التي تعتبره طلاقا رجعيا: الاردني (م ١٢٨)، السوري (م ١١١)، المصري (م ٦)، المغربي (ف ٢/٥٣)، الكويتي (م ١٠٩). وأقترح أن يحذو العراقي حذوها لما فيه من دعم استمرار الحياة الزوجية ورعاية مصلحة الأولاد إن وجدوا. فكثيرا ما يندم الزوج المنتنع عن الانفاق تعنتا، أو قد يفضل الله على الزوج العاجز عن الانفاق بعد الطلاق وخلال فترة العدة. فاعطاء المجال للرجعة أولى من سد الباب بوجه استئناف الحياة الزوجية مع التعهد بالاستمرار على الانفاق.

٢- اشترط المشرع التونسي (ف ٣٩) خلافا لبقية القوانين، أن لا تكون الزوجة عالمة بعسر الزوج حين العقد والا يسقط حقها في طلب التفريق وان كانت متضررة من عدم الانفاق.

واقترح حذف هذا الشرط لان الحكم ربطه الشرع والقانون بالسبب، لكونه مصدر الضرر فهو يدور معه وجودا وعدما. فرضاء الزوجة في وقت ما لاعتبارات وتوقعات لم تتحقق لا يجوز أن يحرمها من طلب التفريق وتبقى مدى الحياة تتحمل معاناة الضرر.

٣- في حالة ثبوت عجز الزوج عن الانفاق يؤجل التفريق مدة لا تزيد عن شهر في المصري (م٤)، وعن شهرين في التونسي (ف-٣٩) وثلاثة اشهر في الاردني (م١٢٧) والسوري (م١١٠) والمغربي (ف-٥٣). ولم يعط العراقي المهلة في حالة عدم الانفاق لعذر كعجز الزوج. وانما منحها لمن لا عذر له مدة (٦٠) يوما كالزوج المتمكن المتعنت الممتنع عن الانفاق (م٤٠/٧، ٨).

والذي اقترح أن يأخذ به المشرع في العالم الاسلامي هو ما ذهب اليه العلامة الفقيه العظيم ابن حزم الظاهري قبل مئات السنين من (ان نفقة الزوج الفقير العاجز واجبة على زوجته المتمكنة ماليا) كما ذكرنا<sup>(١)</sup> وأرى أن الزوج المتمكن الممتنع عن الانفاق لا يستحق أي تقدير وتأجيل، لان عمله هذا يعتبر جريمة دينية وقانونية وأخلاقية مادامت النفقة واجبة عليه وهو متمكن والزوجة مطيعة لم تقم شرعا بما يحرمها من النفقة، فعلى القاضي رفع هذا الظلم حالا بالحكم بالتفريق إن أصر على عدم الانفاق وأصرت على طلب التفريق.

٤- إنفرد العراقي (م٩/٤٣) باستحداث حالة لا وجود لها لا في الفقه الاسلامي ولا في أي قانون اطلعت عليه. وهو أن للزوجة طلب التفريق (اذا امتنع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها بعد امهاله مدة اقصاها ستون يوما من قبل دائرة التنفيذ).

واقترح حذف هذه الفقرة، لأن المشرع العراقي أقرّ طرقا قانونية وقضائية لاستيفاء الديون، فلا مبرر لاعتبار دين الزوجة على الزوج سببا للتفريق مادام الزوج مستمرا على الانفاق عليها.



## ب - الحرمان من المعاشرة:

التفريق القضائي للضرر الارادي الناشئ عن حرمان الزوجة من المعاشرة الزوجية اقره: العراقي (م١٤٣/١، ٢، ٣)، الاردني المواد (١٢٣-١٢٥)، السوري (م١٠٩)، المصري المواد (١٤-١٢)، المغربي (ف ٥٧، ٥٨) مع الاختلاف في التفصيل الآتي:

١- الحرمان بسبب الحكم على الزوج بعقوبة سالبة للحرية مدة لا تقل عن ثلاث سنوات يعطي الحق للزوجة طلب التفريق بعد مضي سنة على تنفيذ الحكم في جميع القوانين المذكورة: الاردني (م١٣٠)، السوري (م١٠٩)، المصري (م١٤). خلافا للقانون العراقي (م١٤٣/١) الذي يمنح الزوجة هذا الحق بعد الحكم مباشرة وهذا ما لم اجده في أي قانون اخر - مما اطلعت عليه - سوى قانون الاتحاد السوفيتي المعمول به حالياً. فجميع القوانين الاسلامية وغير الاسلامية لا تسمح بالتفريق الا بعد مضي سنة اعتباراً من بدأ نفاذ الحكم.

واقترح أن يأخذ المشرع العراقي بنفس الاتجاه ما دامت السجون في العراق تعتبر مؤسسات اصلاحية وما دام عدد كثير من المسجونين قد يتمتعون باجازات بين آونة وأخرى لزيارة عوائلهم في بيوتهم.

٢- اعتبر المشرع السوري (م١٠٩/١) التفريق للحكم بعقوبة سالبة للحرية طلقة رجعية. واقترح أن يحذر هذه المشرعون في العالم الاسلامي لما فيه من اسناد، واستمرار الحياة الزوجية.

٣- في حالة حرمان الزوجة من المعاشرة بسبب هجر الزوج لغير عذر، لم يسمح المشرع العراقي (م١٤٣/٢) بالتفريق ما لم يستمر سنتين. وأرى أن هذه المدة طويلة تضر بمصلحة الزوجة وبصورة خاصة اذا كانت يخشى عليها أن تقع في الخطيئة. لذا اقترح تبديل المدة بسنة واحدة مادام الزوج لا عذر له.

٤- لم يتطرق لحكم الهجر بالايلاء الا القانون المغربي (ف ٥٨) الذي نص على أنه: (اذا آلى الزوج أو حلف على هجر زوجته وترك المسيس (المعاشرة الجنسية) جاز للزوجة أن ترفع امرها الى القاضي الذي يؤجله أربعة أشهر فان لم يفيء (لم يرجع الى المعاشرة) بعد الاجل طلقها عليه وهذا الطلاق رجعي).

اقترح أن يقتدي به المشرع في كل بلد اسلامي، لانه حكم عادل اقره القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلِّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ اَرْبَعَةٍ اَشْهُرٍ فَاِنْ فَاَوْاْ فَاِنَّ اللّٰهَ

عَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ<sup>(١)</sup> وقد سبق تفصيل احكام الايلاء<sup>(٢)</sup>.

٥- اقر الاردني (١٢٣-١٢٥)، والمصري (م١٢-١٣)، والمغربي (ف-٥٧): أن الزوجة لا يحق لها طلب التفريق الا بعد مضي سنة على الغيبة وبعد ذلك:

أ - إن كان مكان الغائب معلوما يمكن الاتصال به، ضرب له القاضي اجلا وأعذره بأنه يطلّقها عليه إن لم يحضر للاقامة معها أو ينقلها اليه أو يطلّقها. فاذا انقضى الأجل ولم يبد عذرا مقبولا، تأكد القاضي من اصرار الزوجة على التفريق فان أصرت، فرّق بينهما بطلقة بائنة.

ب - وان لم يمكن الاتصال به اجتهد القاضي وضع مدة لانتظار خبره، فان حضر والا طلق عليه دون تأجيل أو اعدار.

ويلاحظ أن المغربي ينفرد بأنه يشترط أن تثبت الزوجة غياب الزوج وتضررها من جرائه، إما بالبينة أو باليمين. وأقترح أن يأخذ بهذا الشرط بقية القوانين، لأن هذا الاثبات من متطلبات القضاء العادل، كما أقترح تبديل عبارة (تصله الرسائل، ولا تصله الرسائل) ب- (يمكن الاتصال به، ولا يمكن الاتصال به) في مواد القانون المصري والأردني والمغربي حتى يشمل التعبير كافة وسائل الاتصال في العصر الحديث.

وكذلك أقترح على المشرع الأردني أن يحذف عبارة (وكان معروف محل الاقامة) في المادة (١٢٣) لأن المادتين (١٢٤، ١٢٥) تعتبران تفصيلا لها، فهذا القيد يجب أن يرد في التفصيل.

٦- تناول المصري (٢١، ٢٢)، والاردني (١٧٧)، والتونسي (ف-٨٢) موضوع التفريق لفقدان الزوج مع الاختلاف الآتي:

أ - التونسي حدد المدة بسنتين اذا كان الفقد في ظروف غير اعتيادية، بعد البحث واليأس عن معرفة مصيره، وترك تقدير المدة لسلطة القاضي اذا فقد في الظروف الاعتيادية.

(١) سورة البقرة: ٢٢٧، ٢٢٦.

(٢) ص ٧٥.

ب - يتفق المصري مع التونسي في ترك أمر التقدير لسلطة القاضي في الفقد في ظروف اعتيادية، ويختلف معه في تحديد المدة بربع سنوات اذا فقد في حالة غير اعتيادية كالحرب.

ج - يتفق الاردني مع المصري في تحديد المدة بربع سنوات، لكن يختلف معه ومع التونسي في تحديد المدة بسنة واحدة اذا فقد اثر كارثة كزلزال أو غارة جوية [واقترح أن يُترك تقدير المدة لسلطة القاضي في جميع الظروف والحالات يستعين بالوسائل الحديثة لمعرفة مصيره. ولم يتطرق المشرع العراقي لهذا التفصيل باعتبار أن الكلام يخص التفريق قضاءً لا الحكم بالموت.

٧- أنفرد المشرع العراقي (٩/٤٣م) باعطاء الزوجة حق طلب التفريق دون أن يكون هناك ضرر ارادي أو لارادي، فلها طلب التفريق في الفترة الواقعة بين عقد الزواج وبين الدخول. والطلاق قبل الدخول وان اباحه القرآن في قوله تعالى ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ﴾<sup>(١)</sup>.

لكن مع ذلك أرى أن لا يتسرع القاضي الى استجابة طلب التفريق حتى يعرف سر هذا الطلب ومدى نجاح وفشل هذا الزواج، مستعينا بخبرته القضائية وبالحكمين والباحثة الاجتماعية، وذلك حفاظاً على استمرار الحياة الزوجية وسمعة العائلة. لانه ما من طلاق أو تفريق الا وترتب عليه اساءة سمعة الزوجين أو احدهما في الاقل.

### ج - اعتداء احد الزوجين على الآخر بالكلام أو الفعل:

اتفقت قوانين الأحوال الشخصية للبلاذ العربية التي اطلعت عليها - باستثناء القانون المصري - على أن لكل من الزوجين أن يطلب من القضاء التفريق اذا ثبت إضرار الآخر به قولاً أو فعلاً، بحيث لا يمكن مع هذا الإضرار استمرار الحياة الزوجية (العراقي ١/٤٠)، الاردني (١٣٢)، السوري (١١٢م) المغربي (ف - ٥٦)، التونسي (ف - ٣٢)، المشرع الكويتي (١١١م).

لكن المشرع المصري (٦م) أعطى هذا الحق للزوجة فقط على أساس أن الزوج يملك الطلاق. وهناك بعض الخلافات الجزئية منها مايلي:

(١) ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ (البقرة: ٢٣٦).

١- ورد تعبير (لا يستطيع)<sup>(١)</sup> في الكل عدا العراقي الذي جاء بكلمة (يتعذر) والمفضل هو الأول لأن لفظ (يتعذر) يعني (يستحيل) وهذه الدرجة غير مطلوبة للحكم بالتفريق.

٢- يرى المشرع المصري أن هذا الحق يسقط بالتقادم فليس للمتضرر رفع الدعوى بعد مرور سنة على العلم بالضرر. وأقترح حذف هذا الشرط، لأن علة الحكم هي الضرر والقاعدة تقضي بأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا.

٣- اعتبر المشرع العراقي (م/٥٠) والمصري (م/٦) تعدد الزواج من باب الأضرار المبرر للتفريق، فأعطى العراقي هذا الحق للزوجة السابقة واللاحقة (الجديدة) مطلقاً، إذا كان الزواج اللاحق بدون إذن المحكمة.

في حين أن المصري لم يأخذ بنظر الاعتبار وجود إذن المحكمة أو عدمه، كما أنه لم يعط الحق للزوجة اللاحقة إلا إذا أخفى عليها الزوج تزوجه بسواها.

وأرى أن النهج المصري هو الأقرب إلى الصواب، لأن الزوجة الثانية إذا كانت عالمة بالزواج السابق تعتبر معتدية على حق الزوجة السابقة، فالمفروض أنها لا تستحق حق طلب التفريق. ثم أنه لاصلة بين الضرر الموجب للتفريق، وبين عدم إذن المحكمة.

٤- اتفق الكل على عدم جواز تسرع القضاء إلى التفريق إلا بعد بذل محاولة الإصلاح مستعينا بالحكمين، كما أمر بذلك القرآن الكريم.<sup>(٢)</sup> غير أن الاختلاف حصل في تحديد طبيعة سلطة الحكمين: فذهب الأكثرية إلى أن الحكم وكيل يقتصر دوره على الإصلاح فقط، فليس له التفريق، كما أن القاضي ليس ملزماً بما يقترحه أو يقره الحكمين.

وذهب المشرع الأردني إلى أن للحكمين سلطة اتخاذ القرار وعلى القاضي أن ينفذه، حيث نصت فقرة ط/١٣٢ على أن (على الحكمين رفع التقرير إلى القاضي بالنتيجة التي توصلوا إليها، وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاها إذا كان موافقاً لأحكام هذا القانون)

(١) أي لا يستطيع استمرار الحياة الزوجية مع الضرر.

(٢) (وَأَنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا أَنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا) (النساء: ٣٥).

وما ذكره الأخ الفاضل الشيخ أحمد حسن طه<sup>(١)</sup> من (أنّ المشرع المصري ذهب الى إعطاء المحكمين صلاحية اقرار التفريق من غير أن يكون للقاضي بد من تنفيذه، وان دور القاضي إنما هو دور المبلغ عن المحكمين بالقرار) غير مطابق للواقع وان نص (٩م) نقل خطأ.

٥- ذكر المشرع العراقي بعض الحالات التي تكون الزوجة فيها متضررة فلها طلب التفريق، غير أن مصدر سبب الضرر ليس الزوج، كما في حالة الزواج قبل اكمال الثامنة عشرة دون موافقة القاضي (٣/٤٠م). وفي حالة اكرامها على الزواج خارج المحكمة (٤/٤٠م). واقترح تبديل عبارة (قبل اكمال الثامنة عشرة) بـ (قبل البلوغ) حتى يتفق مع رأي فقهاء المسلمين.

وأرى حذف حالة الاكراه، لان الزواج بالاكرام باطل والتفريق يكون للزواج الصحيح، كما نص المشرع على بطلانه في نفس القانون (١/٩م).

وقد أكد الرسول ﷺ على أن اذن البالغة العاقلة شرط لصحة زواجها في قوله: ((لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن))<sup>(٢)</sup>.

#### د - ارتكاب معصية من أحد الزوجين يترتب عليها ضرر الآخر:

ومن صور هذه المعصية ما يلي:

١- ردة أحد الزوجين.

٢- إباء احد الزوجين الاسلام بعد اعتناقه من الآخر باستثناء حالة كون الزوجة كتابية بعد اسلام الزوج، حيث نص القرآن الكريم على صحة الزواج في هذه الحالة نشوء وبقاء.<sup>(٣)</sup>

٣- الايلاء. وقد سبق بيان عناصره واحكامه مفصلاً<sup>(٤)</sup>.

٤- اللعان بعد تهمة الخيانة الزوجية. وقد بيّنا احكامه<sup>(٥)</sup>.

(١) في مؤلفه: مدى حرية الزوجين في التفريق قضاء ط/ ١٩٧٥ ص ١١٦.

(٢) القسطلاني شرح صحيح البخاري ١٤٤/٦.

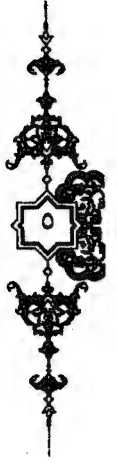
(٣) (وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حَلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ) (المائدة الآية: ٥).

(٤) ص ٧٥.

(٥) ص ٢٢١ وما بعدها.

ولم يعالج القانون الحالتين الأوليين - حسب ما اعلم - .  
وانفرد القانون المغربي (ف- ٥٨) ببيان حكم التفريق بالايلاء كما ذكرنا. وتناول المشرع العراقي حكم (م٤٣) المعدلة التفريق للخيانة الزوجية، وأعطى اللواطة نفس الحكم، ولكن لم يبحث اللعان المبني على اتهام الزوج زوجته بالخيانة الزوجية، كما هو المقرر في الشريعة الإسلامية) حيث أن التفريق يترتب على عطية اللعان تلقائيا كما هو رأي بعض الفقهاء أو بعد حكم القضاء كما ذهب إليه الآخرون، وقد بيّنّا ذلك مفصلاً<sup>(١)</sup>.  
ونتمنى أن ينهض التشريع في العالم الإسلامي بتنظيم أحكام الزواج والطلاق تنظيماً يضمن سعادة واستقرار حياة الأسرة المسلمة، ويتفق مع روح الشريعة الإسلامية الفراء، دون تقيّد بمذهب معين.  
ونضع هذا البحث المتواضع بين يدي المشرع العراقي لعله يأخذ بالرأي الراجع الملائم من آراء الفقهاء المسلمين التي طرحتها بصدد الطلاق والتفريق.

( وفق الله الجميع لعمل الخير).



## الباب الخامس

### الطلاق في بعض القوانين المعاصرة

ولعدم تيسر الحصول على المراجع لكل دولة،  
اخترت قوانين بعض الدول ذات التشريعات  
الحضارية العريقة المتطورة. ففي العالم الاشتراكي  
اقتصرت على قانون الاتحاد السوفيتي باعتباره  
النموذج الأفضل للقوانين الاشتراكية.

وفي مقابل ذلك بحثت عن الطلاق في قانون  
الولايات المتحدة الامريكية باعتبارها الدولة  
الكبرى المتقدمة في العالم الرأسمالي.

وفي التشريعات الأوربية حصرت البحث عن  
الطلاق في القانون الانكليزي، والايطالي،  
والالمانى، والفرنسي. لان هذه الدول تتسم بطابع  
من التقدم التشريعي في شتى مجالات الحياة منذ  
زمن بعيد.

وبناء على ذلك قسّمت محتويات هذا الباب من  
الناحية الشكلية على فصلين، خصصت الأول  
منهما لدراسة الطلاق في قانون الدولتين الكبيرين  
(الاتحاد السوفيتي والولايات المتحدة  
الامريكية)، وتناولت في الفصل الثاني بحث  
الطلاق في الدول الأربع الكبرى للعالم الأوروبي.







## **الفصل الأول**

### **الطلاق في القانون السوفيتي والأمريكي**

ونخصص لدراسة الطلاق في قانون كل بلد  
مبحثاً مستقلاً.

المبحث الأول : الطلاق في القانون السوفيتي  
منذ ثورة أكتوبر.

المبحث الثاني : الطلاق في النظام الأمريكي.

## المبحث الأول

### الطلاق في القانون السوفيتي منذ ثورة أكتوبر

قبل ثورة أكتوبر ١٩١٧م كانت القواعد الدينية هي التي تسري أحكامها على مسائل الزواج وقضايا الطلاق. فالمسلم يخضع للشريعة الإسلامية، واليهودي للتعاليم الإسرائيلية، والمسيحي لقواعد الكنيسة. وكان لكل فئة دينية حاكمها الخاصة تتولى تطبيق الأحكام الدينية. فكان الزواج عقدا دينيا يتم وفقا للأركان والشروط والشكليات المطلوبة في كل ديانة. على الرغم من أن المذهب الرسمي للدولة آنذاك كان هو المذهب الأرثوذكسي في الديانة المسيحية<sup>(١)</sup>.

وبعد ثورة أكتوبر وسقوط الحكم القيصري في روسيا ألغى تنظيم أحكام الزواج والطلاق بمقتضى القواعد الدينية المتبعة قبل هذه الثورة ليحل محلها تنظيم مدني يتفق مع النظام الجديد للدولة.

وقد تم اصدار تشريعات متتالية، وتعديلات متعاقبة بصدد أحكام الزواج والطلاق. غير أن هذه التشريعات لم تكن على نمط واحد فهي مرت بمرحلتين:

الأولى - مرحلة اطلاق حرية الارادة لانشاء الزواج، وانهاء بالطلاق من قبل أحد الزوجين متى وكيف شاء، حتى وصل الأمر الى حد اعترف القانون السوفيتي بالزواج الفعلي (مجرد المعاشرة بين الرجل والمرأة)، والطلاق الفعلي (مجرد توقف المعيشة المشتركة)، وقد استغرقت هذه الحالة زهاء تسع عشرة سنة من الحياة الاشتراكية.

الثانية - مرحلة تقييد حرية الارادة في الطلاق، وتنظيم أحكام الزواج والطلاق تنظيميا يقضي على الفوضى، ويضع حدا لكثرة حالات انحلال الزواج، ويعتق الثبات والاستقرار للعائلة السوفيتية استقرارا يوفر التربية للأطفال في حجب آباءهم، والعيش في ظل حنان أمهاتهم. ولزيادة الفائدة والايضاح أوزع دراسة هاتين المرحلتين على فرعين:

<sup>(١)</sup> David et hazard : القانون السوفيتي ج ٢ ص ٢٩٤، نقلا عن استاذنا الدكتور جميل

النشراقوي: انحلال الزواج في حياة الزوجين واسبابه في التشريعات الأوربية ص ٩٦ .

## الفرع الأول

### مرحلة اطلاق حرية الارادة في الطلاق

١٩١٧-١٩٣٦

بعد نجاح ثورة اكتوبر ١٩١٧، وانهاء الحكم القيصري صدر لأول مرة في ١٨/كانون الأول ١٩١٧/ مرسوم ألغى بموجبه كافة الانظمة الدينية المتبعة في أحكام الزواج والطلاق<sup>(١)</sup>. وغاب الزواج الديني ليحل محله الزواج المدني بالنسبة لكافة المواطنين بغض النظر عن هويتهم في العقيدة، والقومية، والأقليم.

وأقر المرسوم حرية ارادة الزوجين في الطلاق دون الخضوع لأي قيد أو شرط. وأعطى للزوجة حق تطليق الزوج، كما منح الزوج حق تطليق الزوجة، دون الارتباط بأية رقابة دينية أو قضائية.

ثم صدر في ١٦/أيلول/ ١٩١٨ قانون آخر سُمي بـ(مجموعة قانون الأسرة) تسري أحكامه على جميع منتسبي الدولة المتكونة من الجمهوريات الرئيسة، فأقر الصفة المدنية للزواج والطلاق، غير أنه اعترف بالصفة القدسية لعقد الزواج، فلم يمنع رجال الدين من ممارسته والإشراف عليه. ولكن هذا الزواج الديني لم يقر القانون أن يترتب عليه ما يترتب على الزواج المدني من الحقوق والالتزامات الزوجية<sup>(٢)</sup>، ولهذا كان على الزوجين أن يتسارعا بعد الاجراءات الدينية الى تسجيل زواجهما بالشكل المدني في سجلات الحالة المدنية، وبذلك يستوفي الصفتين الدينية والمدنية. وبموجب هذا القانون لم يكن هناك أي قيد موضوعي أو شكلي على ارادة الزوجين باستثناء قيد شكلي واحد وهو أن يتم الطلاق أمام القضاء. وحتى في هذه الحالة لم تكن هناك اية سلطة للقاضي في مناقشة الزوجين أو استجوابهم حول سبب الاقدام على الطلاق أو رفض الطلب، كما لم تكن رقابة قضائية على المحكمة المختصة بالنظر في قضايا الطلاق.

(١) الشرقاوي المرجع السابق ص ٩٧.DAVID: المرجع السابق ص ٢٩٥.

(٢) أنظر المادة (٥٢) من مجموعة قانون الاسرة ١٩١٨. الشرقاوي المرجع السابق ص ٩٧.

## أهم أحكام مجموعة ١٩١٨:

يمكن تلخيص هذه الأحكام بما يلي:

- ١- لم يكن للزواج أي تأثير على أهلية الزوجة ولا على أموالها، فهي من حيث أهلية التصرف وإدارة الأموال تبقى كما كانت عليه قبل الزواج.
- ٢- لم يفرض هذا القانون أي التزام على كل من الزوجين تجاه الآخر بصدد المعيشة المشتركة (المساكنة)، بل كان لكل منهما أن يختار المكان الذي يرغب أن يعيش فيه، دون أن يكون تغيير أحد الزوجين محل إقامته ملزماً للزوج الآخر بأن يتبعه في هذا التغيير، فلم تكن هناك مسؤولية قانونية أو أدبية تترتب على عدم رعاية رابطة الزوجية من حيث المساكنة<sup>(١)</sup>.
- ٣- لم تقف حرية إرادة الزوجة في حق تطليق زوجها متى شئت عند هذا الحد، بل كان هذا الحق مكفولاً بمقتضى المادة (١٩٧) من قانون العقوبات السوفيتي آنذاك، التي كانت تقضي بعقاب الزوج بالحبس إذا حاول أن يرغم زوجته على الاستمرار معه في الحياة الزوجية والانصراف عن فكرة الطلاق<sup>(٢)</sup>. غير أن هذا القانون لم يعاقب الزوجة إذا هي قامت بمثل هذه المحاولة.
- ٤- في حالة الطلاق باتفاق الزوجين لم يلزمهما القانون بعرض الطلاق على القضاء للتصديق، بل يخيران بين التوجه إلى مكاتب سجلات الحالة المدنية أو إلى المحكمة. وفي كلتا الحالتين لم تكن هناك عقبة أمام وقوع الطلاق باتفاق الطرفين. فريس مكتب السجلات لم يكن عليه إلا التأكد من صدور الطلاق عن الزوجين معاً ثم تشييته في السجل وتسليم شهادة بوقوعه<sup>(٣)</sup>.
- ٥- الطلاق بالإرادة المنفردة: كان المفروض أن يتم أمام القضاء، ولكن هذا لم يعن أن للقضاء سلطة رفض هذا الطلاق أو مناقشة الزوجين حول بيان الأسباب<sup>(٤)</sup>.

(١) أنظر المادة (١٠٤) من مجموعة ١٩١٨.

(٢) GROUBER: تطور قانون الأسرة في اتحاد الجمهوريات السوفيتية مقالة في نشرة جمعية

التشريع المقارن سنة ١٩٤٦ ص ١٢٣.

(٣) استاذنا الشرقاوي المرجع السابق ص ٩٧.

(٤) سيمسون: تطور قانون الطلاق في أوروبا مقالة في نشرة جمعية التشريع المقارن سنة ١٩٤٦

ص ١٣٧ نقلاً عن الشرقاوي ص ١٠٠.

٦- كان من الطبيعي أن ينهى الطلاق كل الالتزامات والحقوق المترتبة على الزواج، لكن هناك بعض الاستثناءات على هذه القاعدة منها:

أ - كان للزوج المحتاج غير القادر على العمل حق النفقة على الزوج الآخر المتمكن دون تحديد مدة لهذا الانفاق، ويبدو أن المكلف هو الزوج المقدم على الطلاق<sup>(١)</sup>.

ب - كان الزوجان ملزمين بعد الطلاق - كما كانت الحال قبل الطلاق - بالانفاق على أولادهما، وكان لهما الاتفاق على النسبة التي يتحملها كل منهما ما لم يضر ذلك بمصلحة الأولاد، لانهم يستوفون النفقة وفقا للقانون بغض النظر عن شروط واتفاق الزوجين<sup>(٢)</sup>.

٧- اذا لم يتفقا على كيفية الانفاق تتولى المحكمة تحديد التزام كل من الزوجين (الابوين) من ذلك<sup>(٣)</sup>.

## مجموعة ١٩٢٦:

صدر في تشرين الثاني/ ١٩٢٦ مجموعة جديدة لقانون الأسرة لتحل محل قانون ١٩١٨ على أن تكون نافذة اعتبارا من أول كانون الثاني/ ١٩٢٧ ويعتبر هذا القانون أكثر تطرفا من القانون السابق من حيث اطلاق حرية الارادة في إنشاء الزواج وانهاؤه، فقد اعترف المشرع السوفيتي لأول مرة بشرعية الزواج الفعلي والطلاق الفعلي.

### أ - الزواج الفعلي:

هو إنشاء علاقة بين رجل وامرأة دون أن يسبقها عقد ديني أو مدني وكان قانون ١٩٢٦ يعتبر كل اقامة في منزل مشترك، وكل ظهور بصفة الأزواج أمام الناس، وكل تعاون مالي بين الجنسين من قرائن قيام الزواج (م ١١م ١٢) وتترتب عليه الآثار الشرعية من حيث

(١) أنظر المادة (١٣٠) من القانون المذكور. وقد نظمت المواد (١٠٧-١٢٩) احكام التزام الزوجين بالانفاق. أنظر GROUBER المرجع السابق ص ١١٩ نقلا عن الشرقاوي ص ٩٨.

(٢) المادة (١٦٦).

(٣) المادة (١٦٧).

النسب والميراث وغيرهما<sup>(١)</sup>. ومن الجدير بالذكر أن هذا الاعتراف لا يعني إهمال نظام الزواج المسجل حيث إبقاء القانون بجانب الزواج الفعلي لرعاية مصالح الدولة وهي في الغالب مصالح إحصائية فقط، ولتيسير حماية الحقوق الشخصية والمالية للزوجين والأولاد<sup>(٢)</sup>.

ومما يلفت النظر في هذا القانون هو: أنه على الرغم من اعترافه بالزواج الفعلي فإنه أضاف بعض القيود الجديدة إلى إجراءات التسجيل للزواج الرسمي، حيث قرر أنه لا يكفي في الزواج الرسمي المسجل إقرار الزوجين بانتفاء مانع من موانع زواجهما فحسب، بل يجب على كل أن يقر أمام الموثق بعلمه بالحالة الصحية للطرف الآخر، خصوصاً بالنسبة للأمراض السارية والعقلية، وأن يبين كل منهما مرات زواجه السابقة، وعدد أولاده أن كان هناك مثل ذلك. كما ألزم القانون موظف التوثيق بتبليغ الزوجين بأن كل خلاف في إفادتهما سوف يعرضهما للعقاب<sup>(٣)</sup>.

### ب - الطلاق الفعلي:

كان من الطبيعي أن يعترف قانون ١٩٢٦ بالطلاق الفعلي ما دام أقر شرعية الزواج الفعلي<sup>(٤)</sup>، فقد اعتبر مجرد توقف المعيشة المشتركة بين الزوجين حلاً لرابطة الزوجية (طلاقاً فعلياً).

ومن الجدير بالذكر أن الطلاق الفعلي لم يكن خاصاً بالزواج الفعلي، بل كل هجر من أحد الزوجين للآخر كان القانون يعتبره طلاقاً، سواء كان الزوج قد أنشئ موثقاً أم قام فعلاً نتيجة المعاشرة بين الجنسين. ويدل على ذلك ما قضت به المحكمة العليا للجمهورية الاتحادية الروسية سنة ١٩٢٩ من أن توقف المعيشة المشتركة بين الرجل وزوجته التي تزوجها زوجاً ثابتاً في سجلات الحالة المدنية يعتبر طلاقاً بينهما<sup>(٥)</sup>.

(١) وقد حكمت المحكمة العليا للجمهورية الاتحادية السوفيتية سنة ١٩٢٧ بأن الزوجة الفعلية يثبت حقها في الميراث دون حاجة إلى أن يكون زواجها ثابتاً في سجلات الحالة المدنية. الشرقاوي المرجع السابق ص ١٠٠.

(٢) أنظر المادة الأولى من هذا القانون.

(٣) الشرقاوي ص ١٠٠.

(٤) وقد بينا فيما سبق من هذا الكتاب أن كلا من القانون الروماني وقانون حمورابي اعترف بشرعية الزواج الفعلي لكن بعد مرور سنة على المعاشرة غير المشروعة.

(٥) أنظر GROUBER المرجع السابق ص ١٢١. الشرقاوي ص ١٠٠.

وقد أخذ بالطلاق الفعلي قوانين جمهوريات: أوكرانيا، وروسيا البيضاء، وأذربيجان، وجورجيا، وأرمينيا، وتركستان، وأزبكستان، وأتوغيز في الفترة الواقعة بين ١٩٢٦-١٩٣٦<sup>(١)</sup>.

وكما أن اقرار القانون الجديد للزواج الفعلي لم يكن الغاء للزواج الرسمي، فكذلك اقراره للطلاق الفعلي لم يكن إنهاء للعمل بالطلاق الرسمي الذي كان يتم أمام القضاء إذا كان بالارادة المنفردة ويسجل عند الموثق. غير أنه لم يعد لهذا التسجيل في ظل القانون الجديد أي دور سوى الكشف عن حالة وقوع الطلاق لا أنشاءها، ويدل على ذلك ما جاء في المادة (٢٠) من هذا القانون من أنه يجوز للمحكمة أن تحكم بانقضاء الزواج ولو لم يكن هناك طلاق مثبت بالسجلات<sup>(٢)</sup>.

وبناء على ذلك لم تعتبر الاجراءات القضائية ضرورية لوقوع الطلاق في ظل القانون ١٩٢٦، بل تسجيل الرغبة في الطلاق في مكتب التوثيق كان كافيا. وقد عدل هذا القانون من قواعد الالتزام بالنفقة الزوجية بعد الطلاق، فحدد مدة الانفاق على الزوج المحتاج غير قادر على العمل بسنة أو ستة اشهر خلافا لما كان عليه قانون ١٩١٨ من عدم تحديد هذه المدة<sup>(٣)</sup>.

(١) سيمسون ص ١٣٧ .

(٢) مجموعة BRAS LE: مجموعة قواعد الطلاق في أوروبا ص ٣٢٩.

(٣) GROUBER المرجع السابق ص ١٢٦، ١٢٥. نقلا عن الشرقاوي المرجع السابق ص ١٠١.

## الفرع الثاني

### مرحلة تقييد حرية الإرادة في الطلاق

بعد أن حسنَ المشرع السوفيتي بخطورة الفوضى في الزواج والطلاق نتيجة حرية لا محدودة للمواطن السوفيتي في إنشاء الزواج وإيقاع الطلاق، رأى من الضروري وضع حد لهذه الفوضى الأسرية التي لم تقتصر نتائجها السلبية على العائلة السوفيتية فحسب، بل تجاوزت إلى الحياة العامة للمجتمع السوفيتي. وعلى هذا الأساس صدر لأول مرة من اللجنة التنفيذية المركزية وفي مجلس قومسييري شعب الاتحاد السوفيتي مرسوم في ٢٧/حزيران/١٩٣٦ يقضي بعدم إمكان إثبات الطلاق في السجلات الرسمية إلا بحضور كل من الزوجين، وبضرورة إثبات الطلاق في التذكرة الشخصية لكل منهما، كما زاد من الرسوم المفروضة على الطلاق، وأضاف أعباء مالية تترتب على أحد الزوجين أو كليهما بعد الطلاق لمصلحة الأولاد.

### أهم أحكام قانون ١٩٣٦:

يمكن تلخيص أهم أحكام جاء بها هذا القانون بالنسبة لتقييد حرية إرادة الزوجين في الطلاق بما يلي:

١- تثبيت الطلاق: إذا كان الطلاق بالإرادة المنفردة لأحد الزوجين، يجب تثبيته في السجل الرسمي بحضور كل من الزوجين، وعلى مكتب التسجيل اعلان الزوج الذي يقع عليه الطلاق للحضور، ولا يتخذ إجراء التسجيل قبل وصول الخبر إليه، وإذا كان موطنه مجهولاً يؤجل التثبيت لمدة ستة أشهر. ولكن حضور الزوج الآخر بنفسه لم يكن ضرورياً، فكان له أن يوكل من ينوب عنه في ذلك.

وكان من الواجب أن يسجل اتفاق الزوجين على القضايا المالية أو الحضانة. وفي حالة عدم الاتفاق يكون الفصل فيها من اختصاص المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الطلاق.

وعند عدم حضور الطرف الذي يقع عليه الطلاق تنظم المسائل المالية والحضانة وفقاً



لما يقرره راغب الطلاق<sup>(١)</sup>.

٢- زيادة الرسوم: رفع القانون الجديد مقدار رسوم الطلاق كقيد آخر على حرية الإرادة في الاقدام على الطلاق فجعلها (٥٠) روبلا للطلاق الأول. و(١٥٠) للشاني. و (٣٠٠) للثالث.<sup>(٢)</sup>

٣- نفقة الأولاد. اعتبر القانون الجديد نفقة الأولاد عقبة أخرى أمام حوادث الطلاق فقد قرر تخصيص ربع راتب الراغب في الطلاق لولد واحد، وثلاثة لولدين، ونصفه لثلاثة أولاد.

٤- تشديد القضاء: كان على القاضي أن يشدد في استجابة طلبات الطلاق، وإن يحاول التوفيق ورفض الطلاق قدر الامكان<sup>(٣)</sup>.

## قانون ١٩٤٤:

لم يطرأ تغيير جوهري على نظام الزواج والطلاق في الاتحاد السوفيتي بصورة حقيقية وعملية الا بعد صدور مرسوم المجلس الاعلى للاتحاد السوفيتي في ٨/ تموز/ ١٩٤٤ حيث غير قواعد الزواج والطلاق تغيراً كلياً لصالح استقرار الاسرة السوفيتية، وثبات الحياة الزوجية، وتربية الأطفال في حضن الأبوين□

وهذا المرسوم عمل تشريعي اتحادي يجب أن تسير على مقتضاه تشريعات كل جمهوريات الاتحاد السوفيتي ويمكن إيجاز اهم ما جاء به هذا القانون من الاحكام بما يلي:

### ١- هدم شرعية الزواج غير المسجل:

اعتبر القانون الجديد التسجيل شرطاً شكلياً لصحة الزواج بعد أن كان وسيلة من وسائل الاثبات في ظل القوانين السابقة.

فكل زواج لايسجل بطريقة واجراءات قانونية يعتبر باطلا لا تترتب عليه الاثار القانونية التي تقرها قوانين الزواج والعائلة والوصاية في جمهوريات الاتحاد<sup>(٤)</sup>.

(١) أنظر DAVID: القانون السوفيتي ج ٢ ص ٣٠٦.

(٢) المرجع السابق ص ٣٠٦، ص ٣٠٧. الاستاذ الشرقاوي المرجع السابق ص ١٠٢.

(٣) أنظر المرجعين السابقين.

(٤) الشرقاوي ص ١٠٣.

## ٢- عدم صحة الطلاق خارج المحكمة:

تدعيماً لثبات واستقرار العائلة السوفيتية وتحديدًا لإرادة الزوجين في الإقدام على الطلاق جاء القانون الجديد بمبدأ (لا طلاق إلا بصدر حكم به أمام القضاء). فكل طلاق سواء كان بالإرادة المنفردة أو باتفاق الزوجين يعتبر باطلاً ما لم يصدر به حكم قضائي وإن كان مسجلاً بمكتب الحالة المدنية.

## ٣- قناعة القاضي بالبر<sup>(١)</sup>:

فرض القانون الجديد توفر قناعة القضاء بأن هناك ما يبرر الطلاق. وهذه القناعة تحصل من دراسة جميع شؤون الحياة الزوجية لمن يرفع دعوى الطلاق وللمدعى عليه. وعلى القاضي أن لا يستجيب الطلب، وإن لا يحكم بوقوع الطلاق ما لم يقتنع بأن هناك مبرراً موجباً له. وبذلك جعل المشرع السوفيتي تقدير كفاية الأسباب التي يستند إليها طلب الطلاق لتبريره من سلطة القضاء الذي يفصل في كل حالة بحسب ظروفها.

فعلى القاضي في قبول الأسباب التي يتمسك بها راغب الطلاق أن يستهدي بقصد المشرع السوفيتي من قانون ١٩٤٤ وهو استقرار العائلة وكفالة الوسط العائلي الصالح لتربية الأولاد.

## ٤- السلطة التقديرية للقاضي:

بموجب القانون الجديد المحكمة غير ملزمة بالحكم بالطلاق أيًا كان السبب بل لها رفض الطلب وإن تم باتفاق الزوجين.

## ٥- لا طلاق بدون سبب قانوني:

ليس للمحكمة استجابة طلب الطلاق ما لم يكن هناك سبب قانوني يبرره كالأسباب الآتية:

أ - ارتكاب الزنا من الزوج الآخر.

ب - سلوكه المشين.

ج - القطيعة المستمرة المستعصية العلاج.

د - سوء المعاملة التي تجعل استمرار الحياة الزوجية مستحيلاً.

(١) سيمسون المرجع السابق ص ٣٨. الشرقاوي المرجع السابق ص ١٠٥.

وعلى الرغم من قيام سبب من هذه الأسباب فإن للمحكمة رفض الطلب في الحالات الآتية:

- أ - إذا أقر المدعى بخطأه .
- ب - إذا لم يثبت خطأ المدعى عليه .
- ج - إذا كان للزوجين أولاد قاصرون والطلاق يحدث ظروفًا غير مواتية لصالح تربيتهم.

## ٦ - الاجراءات القضائية<sup>(١)</sup>:

فرض المشرع السوفيتي في قانون ١٩٤٤ اتباع اجراءات قضائية شديدة كوسيلة من وسائل تقليل حوادث الطلاق، وهذه الاجراءات هي أن كل طلاق يكتسب الحكم به من القضاء يجب أن يمر بمرحلتين:

### للمرحلة الأولى:

هي أن يعرض طلب الطلاق على محكمة درجة دنيا من درجات التقاضي، فطلب الطلاق بموجب القانون يعرض على محكمة الشعب التي تقع في منطقة طالب الطلاق، وهي بدورها تحيل الطلب الى محكمة الشعب المختصة طبقا لقواعد الاختصاص في القانون السوفيتي، وعلى هذه المحكمة اتخاذ الاجراءات التالية:

- أ - طلب حضور شاهدين، والاستفسار عن بواعث الطلاق.
- ب - استماع شهود كل من الزوجين اذا رأت داعيا لذلك.
- ج - تكليف طالب الطلاق بان ينشر في جريدة محلية على حسابه نبأ طلب طلاقه مع بيان اسم الزوجين ومحل اقامتهما. فان لم يتمكن المدعى عليه من الحضور بنفسه جاز اخذ اقواله عن طريق الانابة<sup>(٢)</sup>.
- د - محاولة التوفيق بين الزوجين. فان نجحت المحاولة حكمت بانقضاء الدعوى بالتوفيق، وان فشلت حكمت بانتهاء دورها في النظر في الدعوى وحررت محضرا لتثبيت جميع الاجراءات التي تمت أمامها.

### للمرحلة الثانية:

اذا لم ينقض طلب الطلاق بالاصلاح والتوفيق بين الزوجين أمام المحكمة الأولى لطالب الطلاق أن يلجأ الى محكمة أعلى درجة. وهي قد تكون محكمة الاقليم، أو

(١) مجموعة BRAS IE ص ٢٣٥ . الشرقاوي ص ١٠٦.

(٢) أنظر المرجعين السابقين.

المركز، أو المدينة، أو حتى المحكمة العليا للجمهورية عضو الاتحاد حسب قواعد التنظيم القضائي في كل جمهورية، وعليها أن تدعو الى حضور الزوجين أمامها والمناقشة لتتولى الفصل في الطلب. وعادة تكون جلسات هذه المحكمة علنية، ما لم يطلب أحد الزوجين سريتها. وقد ثبت أن محاكم الشعب قد حققت نجاحا كبيرا في كثير من الاحيان في الاصلاح والتوفيق بين الزوجين اذ بلغت نسبة التوفيق في اقليم تشرنيجوف من جمهورية أوكرانيا ٤٤% كما بلغت ٥٦% في اقليم ريزان من مجموع الطلبات المعروضة على القضاء المختص<sup>(١)</sup>.

## ٧- الرسوم :

تعتبر الرسوم المفروضة على طالب الطلاق عاملا أضافه المشرع السوفيتي الى العوامل الأخرى المقيّدة لحرية الارادة في الطلاق، لتضييق نطاقه فموجب المادة (٢٧) من القانون المذكور، يجب دفع مبلغ يتراوح بين (٥٠٠-٢٠٠٠) روبل، حيث لا يحكم بالطلاق ما لم يسدد هذا الرسم، وتحديدده يتم من قبل المحكمة، كما أن الطرف الملزم به يحدد ايضا من قبلها، لكن غالبا يميل القضاء الى فرضه على الراغب في الطلاق. ويلاحظ أن هذا المبلغ كان يشكل عبئا ثقيلا بالنسبة لذوي الدخل المحدود، ولكن على الرغم من ذلك اعتبره المشرع السوفيتي وسيلة من وسائل تقليل حوادث الطلاق.

## ٨- عدم التسرع في استجابة الطلب:

أصدرت الجمعية العامة للمحكمة العليا لاتحاد الجمهوريات السوفيتية الاشتراكية مرسوما في ١٦ / ايلول / ١٩٤٩<sup>(٢)</sup> يتضمن توجيهات للقضاء بان يأخذ بنظر الاعتبار تدعيم استقرار العائلة السوفيتية، وان لا يعتبر اسبابا مقبولة للطلاق كل خلاف عارض في العائلة أو أي نزاع بين الزوجين لاسباب طارئة أو مؤقتة أو مجرد رفض احد الزوجين بلا مبرر البقاء في رابطة الزوجية، وان يراعي اتجاه المشرع السوفيتي نحو محاربة الطلاق والتوفيق بين الزوجين قدر الامكان.

(١) David ص ٣٢٢.

(٢) ونشر في جريدة البرافدا في ١٥ / تشرين الأول / ١٩٤٩.

## ٩- الرقابة القضائية على إجراءات الطلاق:

ألزم القانون المحاكم العليا بمراقبة محاكم الشعب التي تنظر في قضايا الطلاق، للتأكد من مدى التزام هذه المحاكم باتباع الاجراءات المطلوبة، وعن مدى ما بذلته هذه المحاكم من الجهود للتوفيق بين الزوجين. ويلاحظ أن اختلاف المبادئ التي صدر عنها تنظيم الزواج والطلاق في التشريعات السوفيتية المتتالية لم يكن وليد الصدفة، وانما كان مبنيا على التجربة الفعلية والنتائج السلبية لفوضى الطلاق. فبعد تجربة مساوى الزواج الفعلي ثبت للمشروع السوفيتي والمفكرين منهم أن الغرض من الزواج ليس اشباع الرغبات الجنسية فحسب، وانما الهدف الاساس تكوين اسرة سعيدة مستقرة مبنية على أسس من المحبة والمودة والسكينة لتكوين جيل جديد صالح، كما نص على هذه الحقيقة القرآن الكريم قبل زهاء ألف وأربعمائة سنة في قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾<sup>(١)</sup>.

ثم أن الزام القضاء بعدم التسرع الى الحكم بالطلاق، وباللجوء الى محاولة التوفيق والاصلاح بين الزوجين قبل اتخاذ أي قرار اخر، هو ما نص عليه القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَأَنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا أَنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾<sup>(٢)</sup>.

ولكن الذي يدعو الى الشعور بالمرارة هو أن الدول التي لاتدين بالشرعية الاسلامية تطبق احكام الاسلام في بعض القضايا، اكثر مما يطبقها العالم الاسلامي والقضاء في البلاد الاسلامية.

## احكام الطلاق في القانون المعمول به حاليا:

استقر اتجاه المشرع السوفيتي على الأخذ بفكرة الطلاق المقيد وعدم اعطاء المجال للطلاق الكيفي، وانهيار الكيان الزوجي ما لم تكن هناك ضرورة ملحة تدعو الى ذلك.

(١) سورة الروم: ٢١.

(٢) ﴿وَأَنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا أَنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا أَنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ (النساء: ٣٥).

فقد قرّر القانون التزام المحاكم بالأسباب المبررة، وعدم اللجوء الى اتخاذ قرار الحكم بالطلاق ما لم تقتنع بأن استمرار الحياة الزوجية بات أمرا غير ممكن.

ويمكن تلخيص أهم القيود التي يفرضها القانون الحالي على ارادة الزوجين في الطلاق بمايلي:

١- لا يحق للزوج بدون موافقة زوجته طلب الطلاق خلال فترة الحمل، وبعد مرور سنة على ولادة الطفل.

٢- لاحكم بالطلاق ما لم يثبت للمحكمة عدم امكان استمرار الحياة الزوجية وعدم اضرار الطلاق بالأولاد القاصرين، وبالنزوح الآخر (المدعى عليه). أي: يجب أن لا يكون الطلاق مضرا بمصلحة الزوجين والأولاد والمجتمع.

وقد نص على ضرورة رعاية هذه المصالح قرار اتخذ من قبل هيئة المحكمة العليا للاتحاد السوفيتي في ٢٨/تشرين الثاني/١٩٨٠ باسم تطبيق المحاكم للقوانين المتعلقة بقضايا الطلاق، والمنشور في وقائع (بوليتين) المحكمة العليا للاتحاد السوفيتي ١٩٨١م العدد الأول (ص١٢- ص١٧) ومضمونه: (على المحكمة أن تتخذ كافة الاجراءات الممكنة لفرض حل النزاعات بين الزوجين، والحفاظ على العائلة. فالزوج ليس من حقه أن يطلب الطلاق عندما تكون الزوجة حاملا، وكذلك ليس له هذا الحق في حدود سنة بعد وضع الحمل. وليس للمحكمة اعطاء المجال للطلاق خلال هذه الفترة).

وينص المنشور ايضا على أنه في حالة اتخاذ المحكمة القرار بالطلاق (عند عدم الاصلاح) عليها أن تتخذ كافة الاجراءات الضرورية لحماية مصالح الاطفال غير البالغين، والزوجات غير العاملات ممن لا يملكن مورداً للمعيشة.

٣- يجب دفع الرسم. وهو مبلغ (١٠) روبلات عند تقديم الطلب وبعد صدور القرار تقرر المحكمة المبلغ الواجب الدفع من احد الزوجين أو كليهما في حدود (٥٠- ٢٠٠) روبل. ويرتبط تقدير المبلغ بمقدار الراتب لكل من الزوجين والمتسبب للطلاق<sup>(١)</sup>.

٤- لا يعتد بالنزوح الفعلي (غير المشروع) وان تم تسجيله بالطرق الاصولية، فلا تتخذ اجراءات الطلاق لهذا الزواج، لانه يعتبر باطلا من اساسه، حيث تنص المادة (١٥) من قانون العائلة السوفيتي المعمول به حاليا على أنه يعتبر عقد الزواج باطلا في

(١) أنظر: أ. م. نيجاييفا - الزواج، العائلة، القانون - موسكو ١٩٨٤م/دار العلم للطباعة - ص٥٨ وما بعدها. وقد تفضل بالترجمة مشكوراً الزميل الدكتور صالح العبيدي من اللغة الروسية.

حالة الخروج على الشروط المنصوص عليها في المادة العاشرة من هذا القانون،<sup>(١)</sup> ومن أهم الأسباب المبررة في الوقت الحاضر:

أ - فقدان الاهلية المدنية لأحد الزوجين بسبب مرض عصبي أو تخلف عقلي يجبر للآخر طلب الطلاق.

ب - الحكم على أحد الزوجين بالسجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات. ويلاحظ أن المشرع السوفيتي اعتبر مجرد الحكم بعد اكتسابه درجة البتات سببا مبررا لطلب الطلاق بدون التاجيل لفترة زمنية تمضي على الحكم. وهذا ما اخذ به المشرع العراقي كما ذكرنا<sup>(٢)</sup>.

ج - فقدان أحد الزوجين: فإذا ثبت بموجب قرار من المحكمة أن أحد الزوجين في عداد المفقودين، يحق للآخر طلب الطلاق. ويلاحظ على هذا الحكم أن المفقود إذا اعتبره القاضي ميتا فرضا، تنتهي رابطة الزوجية فلا داعي الى الحكم بالطلاق بعد ذلك.

د - في حالة حصول موافقة الزوجين على الطلاق وعدم وجود اطفال قاصرين، تجري اجراءات الطلاق في زاكس (المراكز المدنية الخاصة بتسجيل الزواج) وفي هذه الحالة لا تصدر وثيقة الطلاق الا بعد مضي ثلاثة أشهر على تاريخ تقديم الطلب للتفريق. وتنظيم احكام هذه المسائل وفق قانون الزواج والاسرة للاتحاد السوفيتي لعام ١٩٦٨. ومن الجدير بالذكر أن طريقة تطبيق القانون الموحد على جميع الجمهوريات المكونة للاتحاد السوفيتي لم تعد معمولا بها منذ صدور قانون ١٩٦٨ واستنادا اليه صدرت القوانين للجمهوريات من ١٩٦٩-١٩٧٠ وأخذت بالخطوط الرئيسة العريضة مراعية معتقدات وعادات كل جمهورية في الزواج والطلاق، خلافا لما كانت عليه القوانين السابقة<sup>(٣)</sup>.

(١) أنظر كتاب القوانين والاحكام الاساسية في التشريع السوفيتي الصادر عام ١٩٧٢ في موسكو الجزء الثاني ص ٢٤٧ ومابعدها. وقد تفضل بالترجمة مشكوراً الزميل الدكتور حكمت شبرد من اللغة الروسية.

(٢) ص ٢٥٠.

(٣) أ. م. نيجاييفا المرجع السابق ص ٥٨-٧٣ باللغة الروسية.

## المبحث الثاني

### الطلاق في النظام الأمريكي

المبدأ السائد المقرر والمعمول به حالياً لدى المحاكم الأمريكية، هو أنه يحق لكل من الزوجين أن يرفع دعوى الطلاق الى المحكمة اذا استطاع أن يقنعها بأنه غير سعيد في حياته الزوجية، ولا يستطيع الاستمرار عليها، ولكنه غير ملزم بأن يثبت أمام القضاء توفر الخطأ من الزوج الآخر. وللمحكمة اصدار قرار الطلاق اذا اقتنعت بأنه لا مجال لتسوية الخلافات الزوجية بينهما، واعادة الوثام والصفاء والمودة اليهما.

وجملة الكلام: أن الأسباب التي تتقيد بها المحاكم الأوربية لم يعد لها وجود بالنسبة للقضاء الأمريكي، بل الاتجاه السائد خلال السبعينات من هذا القرن هو أنه يكفي لان تتخذ المحكمة قراراً باغلال الزواج كلما اقتنعت من الأدلة التي يقدمها طالب الطلاق بأنه لا يبدو في الأفق ما يشير الى امكان اعادة الصفاء والسعادة لحياتهما الزوجية.

وقد بدأ هذا الاتجاه منذ عام ١٩٧١<sup>(١)</sup> بعد أن كان التشريع الأمريكي في بعض الولايات متأثراً بمذهب البروتستانت المسيحي في الزواج والطلاق، ولم يسمح في تلك الولايات بالطلاق الا لسبب واحد وهو الخيانة الزوجية، وقد ساد الأخذ بهذا التقيد الضيق منذ فترة طويلة استمرت الى بداية السبعينات، حيث عدل المشرع الأمريكي عن ذلك الى التوسع في دائرة الطلاق بعد أن ثبت سوء استعمال هذا السبب، حيث كان كل زوج لا يرغب في العيش مع الزوج الآخر ولا يشعر بتوفر السعادة معه يتهمه بالخيانة الزوجية ويرفع دعوى الطلاق الى القضاء..

أما المعيار المعمول به حالياً لدى المحاكم الأمريكية فهو أنه متى ما أمكن أحد الزوجين إقناع القضاء بأنه لا يستطيع الاستمرار في الحياة الزوجية القائمة، يحق له أن يرفع اليه دعوى طلب الطلاق، ويبرر الأمريكيون الأخذ بهذا المعيار بأنه هو الذي يتمشى مع خير

(١) انظر: WEYRAUCH KATZ: AMERICAN FAMILYLAWINTRANSITION (1982) U.



وسعادة الانسان<sup>(١)</sup>.

وحتى قبل هذا التوسع لم يخضع الشعب الأمريكي كله لمبدأ عدم انفصام الزواج الا للخيانة الزوجية، حيث يقول ادوارد وستمارك: (عندما تنتقل من القوانين الى التطبيق نجد أن نسبة الطلاق في الولايات المتحدة الأمريكية أكبر منها في أي بلد أوربي، وقد يكون عدد حوادث الطلاق فيها عدده في البلاد الأوربية مجتمعة، وقد أخذت حوادث الطلاق في الزيادة تدريجياً)<sup>(٢)</sup>. ويقول ويلكوكوس وهو يتحدث عن الولايات المتحدة الأمريكية: (ان قرابة ٩٥% من حوادث الطلاق في المدينة الكبيرة أكبر منها في البلاد الأخرى من الولايات المتحدة)<sup>(٣)</sup>.

وبعد أن تقرر مبدأ التوسع والأخذ بالمعيار المذكور في القانون ١٩٧١ بذلت جهود ومحاولات للأخذ بالطلاق المقيّد بأسباب يحددها القانون، لكن على نطاق أوسع، واقترحت لجنة دراسة قانون الطلاق في أمريكا تسعة أسباب للحصول على قرار الطلاق من القضاء الأمريكي وهي:

- ١- الخيانة الزوجية.
- ٢- الهجر المتعمد دون عذر لمدة تزيد عن سنتين.
- ٣- ارتكاب جريمة من أحد الزوجين بعد اتمام زواجهما.
- ٤- تعاطي المسكرات (الكحوليات) بصورة مزمنة.
- ٥- إصابة أحد الزوجين بمرض عقلي لا يرجى شفاؤه بناء على تقرير طبي صادر من الجهات الرسمية. على أن يستمر المرض مدة لا تقل عن ثلاث سنوات من تاريخ رفع دعوى الطلاق.
- ٦- سوء السلوك وإساءة معاملة أحد الزوجين مع الآخر بما لا يتفق مع كرامة الانسان.
- ٧- ظهور حمل الزوجة في وقت لا يمكن نسبته الى الزوج، وانما هو من رجل آخر غير الزوج<sup>(٤)</sup>.

(١) المرجع السابق ص ٣٠٢.

(٢) ادوارد وستمارك: قصة الزواج ص ٣٢٣-٣٢٤.

(٣) المرجع السابق ص ٣٢٤.

(٤) فاذا وضعت الزوجة حملها قبل مضي ستة اشهر على زواجها فان ذلك يدل على أن الحمل ليس من هذا الزوج.

٨- الانفصال الجشمانى ما بين الزوجين بعد رفع الدعوى مدة لا تقل عن ثلاث سنوات<sup>(١)</sup>.  
٩- وجود طفل غير شرعى أو أكثر لأحد الزوجين:

أ - إذا لم يكن الزوج الآخر على علم بذلك وقت الزواج.

ب - إذا كان الطفل غير الشرعى أو الأطفال غير الشرعيين مع الزوجين في السكن.

ولكن لم تخط هذه المقترحات بقبول السلطة التشريعية الأمريكية. وجاء القسم ١٧/٥٩٨ في تعديل القانون لعام ١٩٧٢ ليؤكد أن إنهيار الزواج هو السبب الوحيد لإصدار المحكمة قرارا بالطلاق، ولم يعط أية أهمية لبقية الأسباب، لاسيما تلك التي تفترض قيام عنصر الخطأ والتقصير. وأعطى حرية واسعة وسلطة تقديرية للمحكمة لتتصرف في ضوء الواقع الزوجي القائم حين رفع دعوى الطلاق.

## آثار الطلاق:

نص القانون الأمريكى الاصلاحى لعام ١٩٧١ القسم ٢١/٥٩٨ لولاية أيوا (النموذجي) على أن المحكمة التي تصدر قرارا بالطلاق والتفريق، عليها أن تتخذ القرار أيضا بصدد ما يلي:  
أ - الأطفال.

ب - النظام المالى للزوجين.

ج - النفقة للزوجة والأطفال التي لها من الأسباب ما يبررها ويحق للمحكمة عندما تستدعى الظروف إعادة النظر في القرارات المتخذة بهذا الصدد.

وأكد القسم ١٧/٥٩٨ من نفس القانون المعدل لعام ١٩٧١ أن على المحكمة التي تحصل لها القناعة التامة بأن الزواج لم يعد ممكنا دوامه بين الطرفين من خلال الأدلة المقدمة لها من طالب اصدار القرار بالطلاق وكون القرار بالطلاق مسندا الى اصابة الزوج الآخر (المدعى عليه) لا يعفى طالب الطلاق من الالتزام المفروض عليه قانونا باعاشة الطرف المصاب عقليا، فعلى المحكمة بالاضافة الى اصدار قرار الطلاق أن تصدر الحكم بالنفقة لهذا المصاب.

<sup>(١)</sup> إذا حصل الانفصال الجشمانى، وهو حالة بين اللزواج والالطلاق يجوز لأحدهما أن يطلب الطلاق ليحل محل الانفصال إذا وافق القضاء.

ويعتضى الاصلاح القانوني المذكور تكون المعايير التي تعتمد عليها المحكمة في اصدار القرار بالنفقة ما يلي:

- ١- ضروريات الزوجة مدى حاجتها الى الاعتماد على مال الزوج.
  - ٢- القابلية المالية للزوج.
  - ٣- مستوى الحياة التي كانت الزوجة قد اعتادت عليه اثناء قيام الحياة الزوجية بينهما قبل الطلاق.
  - ٤- مدة استمرار رابطة الزوجية قبل الطلاق.
  - ٥- عدد الاطفال من هذا الزواج.
  - ٦- الحالة الصحية والجسمانية للزوجين، وتحديد الطرف المسبب لفشل الزواج.
  - ٧- مدى مساهمة الزوجة قبل الطلاق في انجاح عمل الزوج وتكوين ثروته وأمواله.
  - ٨- أي عنصر آخر يسهم في تقريب العدالة والانصاف بينهما.
- هذا ما ورد في القانون الموحد النموذجي للولايات المتحدة الامريكية لعام ١٩٧١ القسم (ي) ٣٠٣.

وموجب هذا القانون أيضا أن النفقة الزوجية للزوجة المطلقة تستمر مدى الحياة، أو لحين زواجها من زوج آخر، أو لحين وفاة الزوج.

لكن في الوقت الحاضر هذه النفقة بعد مرور خمس سنوات على الطلاق لا يكون الزوج مسؤولا عن الاستمرار على تقديمها، ولهذا على الزوجة المطلقة التي لها القابلية على العمل وتملك المؤهلات أن تبحث عن عمل في حالة عدم وجود اطفال صغار دون سن (١٨) من الزوج، بحيث يمنعونها من البحث عن عمل يضمن لها معيشة ملائمة.

وموجب القانون المذكور أن أي تغيير في ظروف المعيشة زيادة أو نقصانا بالنسبة للزوجة المطلقة والأطفال، يتطلب أن تعيد المحكمة النظر في قرار تقدير النفقة تبعا لظروف كل قضية وملابساتها<sup>(١)</sup>.

ويمكن اعتبار هذه الاعباء المالية المترتبة على الطلاق قيда يساهم في تضيق نطاق حوادث الطلاق في أمريكا.

(١) أنظر: american family law in transition by



## الفصل الثاني

### الطلاق في قوانين بعض الدول الأوربية

تتناول في هذا الفصل بحث أحكام الطلاق من حيث مدى اطلاق وتقييد حرية ارادة الزوجين فيه، ونقتصر على أهم هذه القوانين ضمن أربعة مباحث:

نخصص الأول للقانون الانجليزي،

والثاني للاماني،

والثالث للايطالي،

والرابع للفرنسي.

## المبحث الأول

### الطلاق في القانون الانكليزي

لم يستمر نظام الطلاق في بريطانيا على نمط واحد، شانه شأن بقية القوانين الوضعية في الدول المتأثرة بالتعاليم المسيحية. وبصورة خاصة كانت معتنقة للمذهب الكاثوليكي الذي لم ولن يعترف بالطلاق أيا كان السبب.

وقد كان الصراع مستمرا منذ زمن بعيد بين القانون الوضعي وبين الكنيسة حول قضايا وأحكام الزواج وبوجه خاص في موضوع الطلاق كما يتضح لنا من التطور القانوني الآتي:

#### قانون ١٨٥٧:

قبل هذا القانون كانت دعوى الزواج خاضعة لقواعد قانون الكنيسة، وكان النظر فيها من اختصاص محاكم الكنيسة الكاثوليكية التي لم تسمح الا بالانفصال الجشمانى (حالة اللازواج واللاطلاق). لكن في نهاية القرن السابع عشر نشأ عرف بمقتضاه يجوز الحصول على الطلاق بقرار من البرلمان، غير أن اللجوء الى هذه الطريقة لم يكن كثيرا بسبب تكاليفها الباهظة من جهة، ومن جهة أخرى لم يكن البرلمان يحكم بالطلاق ما لم تكن الكنيسة قد قضت بالانفصال بين الزوجين قبل ذلك<sup>(١)</sup>.

ولما صدر قانون ١٨٥٧م - وهو خاص بدعوى الزواج - أنتزع اختصاص المحاكم الكنسية في قضايا الزواج، وسلّمه الى المحاكم المدنية.

وأباح الطلاق لسبب واحد وهو الزنا، ولم يعتبر المشرع الانكليزي نفسه في اقرار هذا السبب خارجا على التعاليم المسيحية، باعتبار أن الطلاق أباحه الانجيل لسبب الزنا، كما هو المقرر في تفسير مذهب البروتستانتية. غير أن هذا القانون فرّق بين الزوجين في مدى التمسك بهذا السبب لغرض طلب الطلاق، فقد سمح للزوج أن يطلب الطلاق لزنا زوجته مطلقا، في حين لم يكن للزوجة هذا الحق المطلق، فلم يسمح لها أن تطلب الطلاق لمجرد زنا زوجها، بل لا بد أن

(١) أنظر: ارمانجون ونولده وولف: القانون المقارن لفقرة ٧٣١. نقلا عن استاذنا الدكتور جميل الشرفاوي: انحلال الزواج في حياة الزوجين واسبابه في التشريعات الأوربية ص ٥٦.

ينضم اليه سبب آخر كسوء معاملته معها، أو كون الزنا بالمحارم، أو كون الدخول بزوجة ثانية عقد عليها مع قيام الزواج الأول (التعدد)، أو كون الزوج غاضبا، أو هجره لها مدة لا تقل عن سنتين. غير أن هذا التمييز بين الزوجين ألغي بتعديل ١٩٢٣م، فأصبح بموجبه لكل من الزوجين طلب الطلاق لثبوت زنا الآخر، غير أنه بقي تمييز آخر وهو أن رفع الدعوى بالطلاق من الزوج يتطلب ادخال شريك الزنا (الزاني) كمدعى عليه ما لم تُعْفَ المحكمة من ذلك، بخلاف دعوى الزوجة فلا يطلب منها ادخال شريكته (الزني بها) ما لم يطلبه القضاء<sup>(١)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن دعوى كل منهما ترفض اذا كان الزنا بتحريض الآخر، أو صَفَحَ عنه، أو ثَبَتَ للقضاء أن طلب الطلاق بسبب الزنا ليس الا نتيجة تواطؤ بين الزوجين.

## قانون ١٩٣٧:

بذل هربرت احد اعضاء مجلس العموم البريطاني جهوداً كبيرة لتعديل قانون الطلاق في أنكلترا، فقدم مشروع قانون ١٩٣٧ وقد استغرق اعداده ثلاث سنوات متواصلة من جهوده حتى عرف في الصحافة، وفي مناقشات المجالس بقانون هربرت herbert bill غير أن هذا المشروع لقي معارضة شديدة بسبب عدم ترحيب الكنيسة الانجليكانية، وقسس الكنيسة الكاثوليكية.

ولهذا لم يحظ بتأييد الحكومة ولم يوافق عليه مجلس العموم الا بعد مناقشات حادة وتأجيلات متعددة. واخيرا تمت الموافقة عليه فصدر في سنة ١٩٣٧م. ويعتبر هذا القانون أهم اصلاح قانوني في بريطانيا منذ سنة ١٨٥٧م وترجع هذه الاهمية الى استحداث أسباب للطلاق، وهي لم تكن معروفة قبله. وتدّل هذه الأسباب على تغير نظرة المشرع الانجليزي من حيث الخروج على تعاليم الكنيسة، ومن حيث اعتبار الطلاق علاجاً لا عقاباً.

(١) الشرقاوي المرجع السابق ص ٥٨.

وقد اضاف القانون الجديد الى سبب الزنا الثابت بالقانون السابق أسبابا أخرى وهي<sup>(١)</sup>:

١- الهجر: اذا هجر أحد الزوجين زوجه دون عذر فللاخر طلب الطلاق أمام القضاء اذا توفرت الشروط التالية:

أ - أن يكون الهجر مستمرا مدة لا تقل عن ثلاث سنوات حتى وقت رفع الدعوى.

ب - أن لا يكون الهجر بموافقة الطرف الآخر.

ج - أن لا يكون هناك سبب قانوني يبرر الهجر كمرض، أو سفر لاكمال الدراسة.

د - حق طلب الطلاق خاص بالمتضرر (المهجور) فلا يحق ذلك للآخر.

٢- القسوة: اذا عامل احد الزوجين الآخر بقسوة أو أساء معاملته إساءة لا تحتمل معها الحياة الزوجية فللاخر طلب التطليق.

٣- المرض العقلي اذا استمر خمس سنوات.

٤- للزوجة حق طلب الطلاق اذا ارتكب زوجها جرائم مخالفة للأداب والنظام العام كجريمة الغصب، واللواط، ومواقعة الحيوان<sup>(٢)</sup> ويلاحظ: أن هذا القانون أن توسع في اسباب الطلاق فانه شدد من ناحية أخرى على تقييد حرية الارادة بالنسبة لاجراءات رفع دعوى الطلاق أو الانفصال الجشمانى، حيث قرر أنه لا تسمع دعوى الطلاق أو الانفصال ما لم تمض على الزواج مدة لا تقل على ثلاث سنوات. لكن استثنى من هذه القاعدة بعض الحالات وهي:

أ - حالة استحصال اذن قاضي المحكمة العليا برفع الدعوى قبل هذه المدة.

ب - حالة كون راغب الطلاق في معيشة غير اعتيادية بحيث لا يتحمل الاستمرار في

(١) ولم يكتف بتعديل أحكام الطلاق والانفصال بل عدل أحكام بطلان الزواج أيضا واستحدث أربعة أسباب تجعل الزواج باطلا بطلانا نسبيا وهي:

١- رفض الزوج بارادته الدخول.

٢- اصابة الزوج المدعى عليه عند الزواج بمرض زهري معد.

٣- ظهور حمل الزوجة عند الزواج من غير الزوج.

٤- ظهور أحدهما عند الزواج مختل العقل أو ضعيف الادراك.

المادة (٧) من القانون المذكور.

(٢) الشرفاوي: المرجع السابق ص ٦١. مستر فردريك كودى: القانون الدولي والملي الخاص

ص ٢٢٥. المراغي: الزواج والطلاق في جميع الاديان ص ٢٨٦. ادوارد وسترمارك: قصة الزواج

ص ٣١٧ ومابعدها



### الحياة الزوجية.

ج - حالة انحلال سلوك الزوج الآخر.

د - حالة استلزام مصلحة الأولاد للتعجيل<sup>(١)</sup>.

## قانون ١٩٥٠:

صدر قانون تنظيم اجراءات دعاوى الزواج في ١٢/٤/١٩٥٠ غير أنه لم يأت بتغيير جوهرى على تنظيم أحكام الطلاق التي جاء بها قانون ١٩٣٧ حيث حددت المادة الأولى منه نفس الأسباب السابقة، فلكل من الزوجين طلب الطلاق للزنا، أو الهجر، أو القسوة، أو الجنون. وللزوجة هذا الحق في حالة ارتكاب الزوج بعض الجرائم كما في التفصيل الآتي:

١- الزنا: زنا احدهما يبرر حق طلب الطلاق للآخر. والمقصود من الزنا أنصراف الارادة الى العلاقة الجنسية وان لم تحصل المخالطة الجسدية (م١/أ).

٢- الهجر: هجر احدهما يبيح للطرف الآخر طلب الطلاق بعد مرور ثلاث سنوات عليه سواء كان هجرا ماديا (ترك المساكنة) أم هجرا معنويا (ترك المعاشرة ولو عاشا تحت سقف واحد) (م١/ب).

٣- القسوة: اذا عامل احدهما الآخر معاملة سوء، فله طلب الطلاق سواء كان الايذاء ماديا ام معنويا (م١/ج).

٤- للزوجة طلب الطلاق عند ارتكاب الزوج بعض الجرائم كالغصب واللواط ومواقعة الحيوان.

فهذه الأسباب كلها اقراها قانون ١٩٣٧ فلم يأت قانون ١٩٥٠ الا ببعض التفصيلات الاضافية منها:

ان للمحكمة رفض طلب الطلاق في الحالات التالية:

أ - اذا كان طلب الطلاق متلبسا بنفس السبب مثلا لا يجوز لاحدهما أن يطلب الطلاق مستندا الى الزنا الآخر مادام هو قد ارتكب نفس الفعل.  
ب - اذا كان راغب الطلاق مهملًا أو مقصرًا تجاه المدعى عليه أو كان سيء السلوك.

(١) أنظر classeur juris : القانون المقارن بريطانيا و قم (٥٠) مجموعة bras le ص ٢٢ نقلا عن الشرقاوي المرجع السابق ص ٥٧.

ج - اذا تأخر عن رفع الدعوى بعد العلم بالسبب ودون عذر تأخرا يمكن تفسيره بالصفح عما قام به الآخر<sup>(١)</sup>.

وبموجب قانون ١٩٥٠ اذا توفر سبب الطلاق وانتفى مانع قبول الدعوى تصدر المحكمة حكما مضمونه: أن الزواج سينحل بالطلاق ما لم يظهر خلال ستة اشهر (ان لم يحدد أجل أقصر) من تأريخ الحكم ما يحول دون صيورته نهائيا، وللنيابة العامة خلال هذه المدة حق الاعتراض طالبا من المحكمة الرجوع عن الحكم اذا ثبت أن هناك ما يحول دونه، كتواطؤ الزوجين أو أية واقعة أخرى مؤثرة على الحكم وهي خافية على المحكمة<sup>(٢)</sup>. ولكل مواطن إخطار النيابة بما يتعارض مع الحكم، ولها أن تتحرك نحو الاعتراض كلما اقتنعت بقيام ما يبرر الرجوع عن الحكم.

واذا أنتهت المدة دون اعتراض فلمن طلب الطلاق أن يطلب من المحكمة خلال مدة معقولة أن تحول الحكم الأول الى طلاق نهائي وتسلمه صورة من حكم الطلاق. والا فللطرف الآخر أن يطلب - خلال ثلاثة أشهر من تأريخ إنتهاء المدة - من المحكمة رفض الطلب والرجوع من الحكم على أساس أن المدعي لم يتبع الأصول الإجرائية<sup>(٣)</sup>.

## الانفصال الجثماني:

قانون ١٩٥٠ كما أقر الطلاق للأسباب المذكورة، فقد اعترف بالانفصال الجثماني لنفس الأسباب، فاذا قدم أحدهما طلبا مستندا الى أحد أسباب الطلاق وصدر الحكم به، فانه يترتب عليه وقف المعاشرة بين الزوجين مع بقاء رابطة الزوجية. اذا يمكننا أن نقول أنه حالة بين اللزواج (لانه لا معاشرة ولا التزام ولا توارث)، وبين اللاطلاق لان كلا منهما لا يستطيع أن يُقدم على زواج جديد ما دام الآخر على قيد الحياة. وقد بينا فيما سبق النتائج السلبية للانفصال الجثماني وبصورة خاصة بالنسبة لمن لم يدخل بعد مرحلة الشيخوخة.

(١) استاذنا الشرقاوي المرجع السابق ص ٦٨ وهو بدوره نقله عن مجموعة bras le ص ٣٦. وتطلب المحكمة تبرير تأخير الزوج عن طلب الطلاق اذا كان قد زاد عن سنتين من علمه بسببه.

(٢) ينظر المادة (١٢) من قانون ١٩٥٠.

(٣) مجموعة bras le ص ٣٥ نقلا عن الشرقاوي ص ٦٩.

## القانون المعمول به في الوقت الحاضر<sup>(١)</sup>:

هناك مجموعة قوانين لا تزال هي المعمول بها في أنكترا وهي:

- قانون الطلاق المعدل بقانون اصلاح الطلاق ١٩٦٩م.

- قانون الطلاق الموحد (قانون الاحوال الزوجية) ١٩٧٣م.

- تعديلات قانون المرافعات الزوجية ١٩٨٤م.

وفيما يتعلق بتنظيم الطلاق في هذه القوانين نجد أحكاما منها ما كانت مقررة في القوانين السابقة، ومنها ما هي مستحدثة كما في التفصيل الآتي:

أ - لا يجوز رفع دعوى طلب الطلاق من قبل أي من الزوجين الى المحكمة المختصة ما لم تمض سنة واحدة على تأريخ الزواج<sup>(٢)</sup>.

ب - لا مانع من تقديم طلب الطلاق بعد التاريخ المذكور مستندا الى سبب واقع قبله<sup>(٣)</sup>.

ج - يحق لكل من الزوجين طلب الطلاق من المحكمة اذا كان هناك سبب يبرره، ويكون بحيث يتعذر معه الاستمرار في الحياة الزوجية. وللمحكمة الحكم به اذا اقتنعت بانه لاسبيل لاصلاح ما اصاب الزواج من الخلل<sup>(٤)</sup>.

د - وفي جميع الاحوال لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالطلاق ما لم يقنعها المدعي بقيام سبب أو أكثر من الأسباب الآتية<sup>(٥)</sup> وفقا للفقرة الأولى من المادة الثانية من قانون الاحوال الزوجية:

(١) ينظر:

In england divorce

releuant statutes

d.r.a 691 aw of dlvorce reformed by dlvrce reform act 1969

m.c.a73 law of divorce consolidated matrimonial causes act 1973

m.p.a 84 amendmets matrimonial proceedings act 1984

وقد تفضل بالترجمة مشكورا الزميل الدكتور صالح جواد الكاظم.

(٢) ينظر المادة (١/٣١) من قانون الاحوال الزوجية، المادة (١) من قانون المرافعات الزوجية.

(٣) أي يجوز لاحد الزوجين بعد مضي سنة على الزواج أن يقدم طلبا للطلاق لسبب يبرره، وكان هذا السبب واقعا خلال السنة المذكورة.

(٤) ينظر المادة (١/١) من قانون الاحوال الزوجية.

(٥) ومتى ما ثبت سبب أو أكثر من هذه الأسباب وحصلت لدى المحكمة القناعة بالخلل القائم في الحياة الزوجية، على القاضي أن لا يتسرع في اصدار الحكم بالطلاق بل يلجأ الى تاجيل المرافعة كسمعى للتوفيق بين الزوجين ما دام هناك بصيص من امل الاصلاح. أنظر المادة (٢/١) من قانون الاحوال الزوجية.

١- الزنا: اذا ارتكب أحد الزوجين الزنا يحق للزوج الآخر أن يطلب الطلاق اذا توافرت الشروط التالية:

أ - اثبات واقعة زنا المدعى عليه أمام القضاء..

ب - أن يرى المدعي أن العيش مع المدعى عليه بعد هذه الواقعة أمر لا يطاق. ومعيار امكان استمرار الحياة الزوجية وعدم امكانه شخصي وليس موضوعيا حيث لا توجد صلة ضرورية بين واقعة الزنا من احد الزوجين وبين عدم امكان استمرار الزواج. ومن هذا المنطلق فان الزنا في نظر القانون الانجليزي المعمول به حاليا لا يعتبر لذاته كافيا لطلب الطلاق بل يجب أن تترتب عليه زعزعة الحياة الزوجية في اعتقاد الزوج المدعي.

ج - أن لا يتأخر المدعي في رفع الدعوى بعد العلم بالسبب تأخرا يدل على الرضا والصفح. وبناء على ذلك اذا عاش الزوجان معا في حياة مشتركة مدة ستة اشهر بعد علم المدعي بارتكاب المدعى عليه الزنا فانه لا يستطيع في القانون الانجليزي الحالي أن يطلب الطلاق استنادا الى هذا السبب<sup>(١)</sup>.

٢- سوء السلوك: اذا ساء أحد الزوجين مع الآخر اساءة لا تتحمل، أو قام بعمل مشين مخالف للنظام العام والآداب العامة واستطاع المدعي أن يثبت للمحكمة بأنه لا يمكن عقليا توقع العيش مع المدعى عليه.

يجوز للمحكمة الحكم بالطلاق اذا حصلت لديها القناعة بذلك ومعيار امكان العيش في حالة قيام هذا السلوك وعدم امكانه هنا موضوعي وليس شخصيا<sup>(٢)</sup>.

٣- اذا هجر أحد الزوجين الآخر فللمهجور الحق في أن يطلب الطلاق اذا توافرت الشروط التالية:

أ - أن يستمر الهجر سنتين متواصلتين قبل رفع دعوى طلب الطلاق.

ب - أن يكون الهجر ماديا ومعنويا فلا يكفي الانفصال المادي وحده (عدم المساكنة تحت سقف واحد) ما لم يصحبه الهجر المعنوي (الامتناع عن تأدية

(١) ينظر المادة (١/٢) من قانون الاحوال الزوجية.

(٢) أي ليست العبرة بأن يرى الزوج المدعي نفسه بحيث يستطيع العيش مع صاحب السلوك المشين أو لا يستطيع، وانما العبرة بالرأي العام والرجوع الى العقل السليم للحكم بامكان استمرار الحياة الزوجية على الرغم من قيام هذا السلوك أو عدم امكانه.

### الواجبات الزوجية<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ أن الهجر اذا حصل منهما بان ترك كل الآخر فيجب أن يستمر الانفصال خمس سنوات قبل تقديم الطلب. ويبدو أن لكل منهما في هذه الحالة أن يطلب الطلاق.

### مبررات رفض الطلب من المحكمة:

للمحكمة التي يرفع اليها طلب الطلاق من أحد الزوجين أن ترفض الطلب في الحالات التالية:

أ - اذا اقتنعت بأن الزواج لا يزال لم يتصدع الى درجة لا يقبل الاصلاح على الرغم من قيام السبب وفق (م ١/١).

ب - اذا كان سند الطلب واقعة الزنا (م ١/٢) وأعطى المدعى عليه معلومات مضللة أثرت في قرار المحكمة باصدار الحكم بالطلاق.

ج - اذا عارض المدعى عليه اصدار الحكم بالطلاق مستندا الى المادتين (٥، ١٠) من قانون الأحوال الزوجية<sup>(٢)</sup>.

ويلاحظ من الموازنة والمقارنة بين القانون المعمول به حاليا وبين قانوني ١٩٥٠، ١٩٣٧ ما يلي:

١- استحدث القانون الحالي صورة أخرى من صور الهجر وهي أن يكون من كل منهما لمدة لا تقل عن خمس سنوات.

٢- استحدث القانون الجديد شرطا جديدا لرفع الدعوى وهي أنها لا تقبل ما لم تمض سنة على الزواج.

٣- أدرج القانون الجديد القسوة وارتكاب الجرائم تحت السبب (السلوك) وهذا الصنع

(١) ويعتبر الامتناع عن تأدية الواجبات الزوجية قرينة على نية إنهاء رابطة الزوجية فمن هنا يبدأ الانفصال اذا اقترن بترك المساكنة.

(٢) لسنة ١٩٧٣. المادة (٥): رفض القرار في حالات المادة (١/٢) (أي اذا كان واقعة الزنا) بسبب الضيق الشديد الذي يعانيه المدعى عليه. المادة (٢/١٠): حيثما اصدرت المحكمة حكمها بالتفريق الأجل استنادا الى أية واقعة من اسباب الطلاق يحق للمدعى عليه أن يطلب من المحكمة أن ينظر في وضعه المالي بعد الطلاق.

اضبط واقصر.

٤- هجر أحد الزوجين كسبب من أسباب الطلاق. حدّد القانون الحالي حدّه الأدنى بسنتين متواصلتين قبل رفع الدعوى، في حين أنّ القانون السابق اعتبر الحد الأدنى ثلاث سنوات.

٥- لم يعتبر القانون الحالي أي نوع من أنواع الأمراض النفسية أو العقلية أو الصحية من أسباب الطلاق. وهذا يعني أن المشرّع الانكليزي رجع الى فكرة اعتبار الطلاق عقاباً وليس علاجاً<sup>(١)</sup>.

٦- لم يعتبر القانون الحالي كلا من الهجر المادي والمعنوي على الانفراد سبباً كافياً لطلب الطلاق خلافاً لما أقره القانون ١٩٥٠ (م/ب).

هذا الاستعراض خلاصة لتطور القانون الانكليزي فيما يتعلق بتنظيم الاسرة واصلاح الطلاق، وعلى الرغم من هذه المعاولات التشريعية، يبدو أن المشرع الانكليزي لحد الان لم يستطع أن يضع حداً للفوضى الاسرية كما ثبت في بعض الاحصائيات<sup>(٢)</sup>.

(١) في حين أن المشرّع الانكليزي أنتقل في قانون ١٩٣٧ من زمرة التشريعات التي تجعل الطلاق جزاء يحكم به ضد الزوج المخطئ الى فئة التشريعات التي تنظمه على أساس فكره العلاج. أنظر martne de pitre اصلاح قواعد انحلال الزواج في أجلترأ النشرة الفصلية الجمعية - التشريع المقارن ص ١٩٣٩ ص ١١٢ وما بعدها. الشرقاوي المرجع السابق ص ٥٧.

(٢) وقد نشرت جريدة الجمهورية العراقية في عددها الصادر ١٩٨٥/١/١٢ تحت عنوان: (تدهور الحياة العائلية البريطانية) - انخفاض حالات الزواج: ما يلي:

لندن: اظهر استطلاع نشرت نتائجه هنا امس الأول أن الحياة العائلية في بريطانيا أخذت بالتدهور. بسبب انخفاض عدد حالات الزواج، وزيادة حالات الطلاق، وانخفاض نسبة الولادة. واطهرت دراسة حول آخر التحولات الاجتماعية التي أجراها مكتب الاحصاءات المركزية. أن معدل عدد أفراد الأسرة في بريطانيا انخفض من ٣/١ في عام ١٩٦١ الى ٢/٦ في عام ١٩٨٢. كما أن نسبة الاسرة المكونة من ستة أفراد أو أكثر انخفضت الى النصف خلال تلك الفترة من ٧٪ الى ٣٪. ووقعت في بريطانيا (١٦٢٠٠٠) حالة طلاق خلال عام ١٩٨٣. كما ارتفع عدد المواليد غير الشرعيين، إذ أن ١٦٪ من مواليد ١٩٨٣ كانوا مواليد غير شرعيين مقارنة مع ٦٪ في عام ١٩٦١. واطهرت الاحصائية انخفاضاً حاداً في عدد حالات الزواج بين صغار السن. وعدد النساء الحوامل خلال الاعوام الاخيرة.

وارتفع عدد حالات الاجهاض في عام ١٩٨٣ بنسبة ٣٤٪ عما كان عليه في عام ١٩٧١، وكانت نسبة ٥٨٪ من هذه الحالات بين نساء غير متزوجات.

هذا ما نقلته جريدة الجمهورية من الاعلام البريطاني نفسه.

## المبحث الثاني

### الطلاق في القانون الألماني منذ ١٩٠٠م

ان القانون الألماني لم يستقر على نمط واحد في تنظيم الطلاق بل مر بتطورات من حيث تقييد حرية ارادة الزوجين في الطلاق، فصدرت عدة قوانين، فاللاحق منها يلغي السابق ويحل محله كما في التفصيل الآتي:

#### قانون ١٩٠٠ bgb<sup>(١)</sup>:

صدر القانون الذي سمي بـ (المجموعة المدنية الألمانية) سنة ١٩٠٠ وكانت أحكام قواعده في المواد (١٥٦٤-١٥٧٦) تسري على الطلاق وتنظمه كما يلي:

الطلاق لا ينهي رابطة الزوجية ما لم يحكم به القاضي حكما جائزا لحجية الشيء المقضي به مستندا الى أحد الأسباب التي حددها القانون واعتبرها مبررة للطلاق (م١٥٦٤). من هذه الأسباب:

١- الزنا، واللواط، أو تعدد الزواج من أحد الزوجين كان يبرر للآخر طلب الطلاق بشرطين:

أ - أن لا يتم فعل من هذه الأفعال برضا الطرف الآخر الطالب للطلاق.

ب - أن لا يكون طالب الطلاق مرتكباً لنفس الفعل ومتلبساً بالسبب ذاته (م١٥٦٥).

٢- محاولة الاعتداء: اذا حاول أحد الزوجين الاعتداء على حياة الآخر جاز للمعتدى عليه طلب الطلاق (م١٥٦٦).

٣- الهجر للمتعمد: اذا هجر احد الزوجين الاخر عمدا يحق للطرف المهجور طلب الطلاق. وقد حدد القانون الهجر في الصورتين التاليتين:

(١) انظر الدكتور جميل الشرقاوي: انحلال الزواج في حياة الزوجين وأسبابه في التشريعات الأوربية ص ٨٧.

أ - إذا صدر الحكم من القضاء بالعودة الى الحياة الزوجية المشتركة فامتنع المحكوم عليه تنفيذه لغير عذر ومضت عليه سنة.

ب - الابتعاد عن منزل الزوجية لمدة سنة في مكان غير معلوم (م١٥٦٧).

٤- الاخلال الخطير بالالتزامات الزوجية: اذا اخل احدهما بسلوكه الشائن أو المنافي للأخلاق أو غير ذلك، يجوز للأخر طلب الطلاق اذا لم يستطع مع قيام هذه الحالة الاستمرار على الحياة الزوجية (م١٥٦٨).

٥- اذا مضى على إصابة أحد الزوجين بمرض عقلي مالا يقل عن ثلاث سنوات للزوج السليم طلب الطلاق في حالة حيولة ذلك دون استمرار الحياة الزوجية (م١٥٦٩).

### مسقطات الطلب:

يسقط حق طلب الطلاق بأحد الامور التالية:

أ - الصفع بعد قيام سبب من الأسباب المذكورة.

ب - مضى ستة اشهر على العلم بالسبب دون تقديم الطلب.

ج - مضى عشر سنوات على قيام السبب في جميع الأحوال. أي سواء علم بالسبب أو لا؟ (م١٥٧١، ١٥٧٠). ويلاحظ أن كل سبب يصلح للطلاق فهو في نفس الوقت يصح لطلب الانفصال الجشامي من باب أولى. لكن للمدعى عليه أن يطلب من المحكمة أن يقضى بالطلاق بدلا من الانفصال، ولها ذلك أن اقتنعت بالسبب المبرر (م١٥٧٦).

وبما يلفت النظر في هذا القانون ما يلي:

أ - تنظيمه للطلاق احتل مركزا وسطا بين التشريعات التي كانت تحرم الطلاق تحريما باتا (كالقانون الايطالي) وبين التي تتساهل الى حد بعيد في الطلاق (كالقوانين الاسكندنافية وبعض الولايات الأمريكية).

ب - أن الأسباب التي أقرها هذا القانون باعتبارها مبررة للطلاق، كلها مبيّنة على خطأ الزواج المدعى عليه تجاه الزوج الراغب في الطلاق باستثناء الأمراض العقلية.



## قانون ١٩٣٨:

استمر الحكم بالمجموعة المدنية الألمانية في قضايا الطلاق للشعب الألماني منذ ١٩٠٠-١٩٣٨. وقد جرت عدة محاولات لتعديل قواعد الطلاق في هذه المجموعة ولكن الكل باءت بالفشل بسبب معارضة الحزب الكاثوليكي<sup>(١)</sup>. وأخيرا قام رجال القانون الألماني باعداد مشروع ١٩٣٨ الذي كان يتضمن بعض الاصلاحات لتنظيم الطلاق. ولكن لم يصدر كقانون الا بمناسبة ضم النمسا. وقد كان حرمان الكاثوليكي من حق التطليق سببا في أغيازهم الى هتلر الذي وعد بياحة الطلاق لهم وقد وفى بوعدده فور ضم النمسا في مارس ١٩٣٨، وأصدر قانون الزواج الجديد في ٦/تموز/١٩٣٨ ولا يزال هذا القانون معمولاً به في النمسا، على الرغم من انفصالها عن ألمانيا مع اجراء بعض التعديلات عليه بعد الانفصال. وقد تضمن هذا القانون شروطا جديدة للزواج كانت تهدف الى تحقيق نقاء الدم الألماني وسلامة النسل<sup>(٢)</sup>.

## اسباب الطلاق في قانون ١٩٣٨:

- القانون الجديد حذف بعض الأسباب وازاد بعضا أخرى كما في التفصيل الآتي:
- ١- الزنا: زنا أحد الزوجين يعتبر سببا مبررا للآخر لاقدامه على طلب الطلاق ما لم يكن راضيا به أو مسهلا لارتكابه. (م٤٧).
  - ٢- عدم أنجاب الأولاد: رفض أحد الزوجين لانجاب الأطفال دون مبرر أو استعمال الزوجة وسائل غير مشروعة لمنع الولادة (كالاجهاض) ييّرر للآخر حق طلب الطلاق (م٤٨).
  - ٣- الاخلال: اخلال أحد الزوجين بالتزاماته الزوجية اخلالا يؤدي الى تصدع الحياة الزوجية بصورة خطية ييّرر للطرف الآخر طلب الطلاق (م٤٩).

(١) Dietz: التشريع الألماني الجديد في الزواج لسنة ١٩٣٨ مجلة القانون الدولي ١٩٣٩ ص٥٣ نقلا عن الشرقاوي المرجع السابق ص٨٦.

(٢) فحرم الزواج بين مختلفي الجنس (race) كما منع منه المصابين ببعض الامراض وأوجب تقديم شهادة فحص طبي للقضاء أنظر dietz قانون الزواج الجديد في ألمانيا مجلة القانون الدولي لسنة ١٩٣٩ ص٥٢ نقلا عن الشرقاوي المرجع السابق ص٨٤.

٤- زعزعة الحياة الزوجية: تزعزع الحياة الزوجية الناتج من الاختلال العقلي يعطي للطرف السليم حق طلب الطلاق (م٥٠).

وقد ألغى القانون الجديد مدة الانتظار التي حدّتها المادة (١٥٦٩) من القانون السابق بأن لا تقل عن ثلاث سنوات (م٥١).

٥- قيام مرض معد أو منفرّ بأحدهما يعطي للطرف السليم حق الطلاق (م٥٢).

٦- العقم قبل الدخول في سن اليأس في حالة عدم وجود الأولاد من زوج سابق، وعدم تبني طفل سليم باتفاقهما، يعطي للطرف الآخر حق الطلاق (م٥٣).

ومن الجدير بالذكر أن هذا القانون كان يطلب من القاضي بموجب (م٥٤) منه أن يرفض طلب الطلاق لأي من السببين الواردين في المادتين (٥٢، ٥٣) إذا كان هناك ظرف يجعل الطلاق منافياً للأخلاق أو مضراً بالزوج المدعى عليه، كان عاشاً معاً عيشة زوجية مشتركة مدة طويلة، أو كان الزوجان في سن متأخرة لا يليق بهما الطلاق، أو كان الطرف المدعى عليه بحاجة إلى مساعدة الزوج الراغب في الطلاق لعجزه بسبب مرض أو غيره...

ولعمري أن هذه الالتفاتة الانسانية من المشرع الألماني لجديرة بالتقدير والثناء.

٧- أنهيار منزل الزوجية: إذا افترق أحد الزوجين مدة لا تقل عن ثلاث سنوات متواصلة فللزوج المهجور طلب الطلاق بشرط أن لا يكون هو صاحب النصيب الأكبر في الخطأ المؤدي إلى هذا الافتراق، وبالتالي الانهيار المنزلي (م٥٥)<sup>(١)</sup>.

وإذا قارنا قانون ١٩٣٨ مع قانون ١٩٠٠ يتبين لنا ما يلي:

أ - أبقى الجديد ما كان في القديم من مسقطات حق طلب الطلاق كالصفح والتقدم (م٥٦م٥٧).

ب - قد اغفل الجديد اللواطة، والتعدد، ومحاولة الاعتداء على الحياة، والهجر المتعمد من الأسباب الواردة في القانون السابق على أساس أن كلها تندرج تحت الاخلال بالواجبات الزوجية والسلوك الشائن الذي يبرر حق طلب الطلاق بموجب المادة (٤٩).

(١) أنظر الأحوال الشخصية للأجانب للأستاذ جميل خنكي ص٥٧ وما بعدها، التقنين المدني اليوناني جورج رويوس ص١٤٩ نقلاً عن الصابوني ٤٨/١ المراجع السابق ص٣٨٧ وما بعدها.

ج - زاد من الأسباب: الامتناع عن إنجاب الأطفال، والمرض المعدي أو المنفّر، والعقم، وانهايار منزل الزوجية.

د - ألغى نظام الانفصال الجثمانى بصورته الموجودة فى القانون السابق.

## قانون ١٩٤٦:

بعد أن وضعت الحرب العالمية الثانية أوزارها جاء القانون الألمانى الجديد ١٩٤٦ ليحل محل القانون ١٩٣٨.

وأهم أحكام أقرها هذا القانون بالنسبة الى الطلاق هي ما يلي:

أ - ألغى من أسباب الطلاق:

١- الامتناع عن إنجاب الأولاد والالتجاء الى اسباب غير مشروعة لمنع الولادة فلم يعتبر ذلك مبررا للطلاق.

٢- العقم السابق لأوانه: فهو لا يجوز التمسك به لطلب الطلاق فى ظل القانون الجديد.

ب - أبقى القانون بقية الأسباب كما يلي:

١- زنا أحد الزوجين: لكن لا يستطيع الزوج الآخر التمسك به لطلب الطلاق اذا وافق عليه، أو سهل ارتكابه، أو جعله ممكنا بسلوكه المقصود (م ٤٢/٢).

ويلاحظ أن الزنا فى نظر الفقه الألمانى يعتبر سببا الزاميا للطلاق<sup>(١)</sup>.

٢- الاخلال: اذا أخل أحد الزوجين بالتزاماته الزوجية اخلاا خطيرا كالسلوك المشين أو المنافى للأخلاق فللزواج الآخر حق طلب الطلاق (م ٤٣).

ويلاحظ أن أكثر حوادث الطلاق كانت ناتجة عن هذا السبب<sup>(٢)</sup>.

٣- الاختلال العقلي لأحد الزوجين بحيث يكدر صفوة الحياة الزوجية يبرر للآخر طلب الطلاق (م ٤٤).

٤- إصابة أحدهما بالمرض العقلي تمييز للطرف السليم طلب الطلاق دون انتظار الشفاء (م ٤٥).

ويبدو أن السبب الوارد فى المادة (٤٤) الذى يسمى بالاختلال العقلي لا يقصد به

(١) الشرقاوى المرجع السابق ص ٨٩.

(٢) ارمانجون ونولده وولف: القانون المقارن باريس طبعة ١٩٥٠ فقرة (٥٥٨). استاذنا الشرقاوى

الجنون والا لتكرر مع ما جاء في المادة (٤٥).

٥- إصابة أحدهما بمرض معد أو منفر تبر طلب الطلاق اذا لم يتوقع شفاؤه أو زوال

خطر العدوى خلال زمن قريب (م٤٦).

ومن الجدير بالذكر أن القاضي لا يحق له الحكم بالطلاق للأسباب الواردة في المواد

(٤٤، ٤٥، ٤٦) ما لم يستعن بالطبيب المختص ويتأكد من قيام السبب فعلا.

٦- افتراق الزوجين في الإقامة: بترك المنزل المشترك. لكن اذا كان الزوج الراغب في

الطلاق هو المسؤول عن ذلك أو صاحب النصيب الأكبر من المسؤولية فللزواج

الآخر أن يدفع طلبه للطلاق بهذه المسؤولية. غير أن هذا الاعتراض لا يقبل من

القضاء اذا وصل الأمر حدا يتنافى مع الأخلاق وروح العلاقة الزوجية.

## رفض دعوى الطلاق:

على القاضي أن لا يقبل دعوى طلب الطلاق في الحالتين التاليتين:

أ - في حالة الزنا أو الاخلال بالالتزامات الزوجية إذا صفح الطرف الآخر صراحة أو

ضمنا. وما يستنتج منه الصفح: اذاؤه للواجبات الزوجية كزوج، ومعاشرته الجنسية،

أو ما شابه ذلك.

ب - في حالة مرور ستة أشهر على علمه بالسبب والسكوت عن رفع دعوى طلب

الطلاق<sup>(١)</sup>.

(١) اعتمدت في جل هذه المواضع على استاذنا الشرقاوي المرجع السابق. وهو اعتمد على ما يلي:

١ - dietz: التشريع الالمانى الجديد في الزواج سنة ١٩٣٨ مجلة القانون الدولي سنة ١٩٣٩ ص٥٢ وما بعدها.

٢ - s. f. k.: تعديلات قواعد الطلاق في المانيا نشرة جمعية التشريع المقارن ١٩٤٧.

٣ - le bras: المجموعة السابقة.

٤ - juris classeur: القانون المقارن - المانيا.

## أحكام الطلاق المعمول بها حاليا في المانيا الاتحادية:

عالج قانون الأسرة الألماني الاتحادي الحالي موضوع الطلاق بحيث لم يفرّق في تحديد أسبابه المبررة بين الزوج والزوجة، بل جعل جميع الأسباب المبيحة للطلاق مشتركة بين الزوجين على أساس نظرة المساواة بينهما في تحمل أعباء الأسرة، خلافا لما عليه بعض التشريعات من التحديد لكل من الزوجين حالات خاصة وشروط معينة لرفع دعوى طلب الحكم بالطلاق.

### أسباب الطلاق:

الأسباب التي اعتبرها المشرع الألماني الاتحادي مبررة للتفريق بحيث تبيح لأي من الزوجين رفع الدعوى للحصول على قرار بالتطليق، هي:

١- تورّط أحد الزوجين في ارتكاب الزنا، وعدم سكوت الطرف الآخر على ذلك وقيامه برفع دعوى التطليق.

٢- إصابة أحد الزوجين باختلال عقلي في قواه العقلية اختلالا لا يرقى منه الشفاء، ويلحق بالطرف الآخر ضررا محققا لا تستقيم معه الحياة الزوجية.

٣- إصابة أحد الزوجين بمرض عضال يُفضي الى استحالة استمرار المعاشرة الزوجية.

٤- قيام أحد الزوجين بانتهاج سلوكية مخلة بالأداب من شأنها أن تفضي الى انفصام رابطة الزوجية أنفصامًا لا تتوقع معه امكانية استمرار الحياة الزوجية.

والواقع أن الفقه والقضاء في المانيا الاتحادية قد توسعا كثيرا في تفسير السلوكية المخلة بالأداب حتى شملت كل اساءة تؤدي الى اضطراب العلاقات الزوجية، وتدهورها، وانتفاء التفاهم الروحي بينهما، بحيث يتعذر معه استمر الحياة الزوجية بأي شكل من الأشكال.

ومن ذلك على سبيل التمثيل لا الحصر:

أ - قيام أحد الزوجين باساءة التعامل مع الآخر إساءة بالغة كالضرب والتهديد والإهانة وعدم الاحترام...

ب - قيام أحد الزوجين بهجر زوجه دون أن يملك لذلك عذرا مقبولا. ويترتب على ذلك اضطراب بالغ في الحياة الزوجية.

ج - إخلال أحد الزوجين بالواجبات الزوجية اخلالا بالغا لا يمكن أن تستقيم معه الحياة الزوجية.

د - قيام أحد الزوجين بتحريض الآخر على إنتهاج سلوكية مشينة ومخلّة بالآداب كالتحريض على الدعارة والسمسرة مثلاً.

هـ - ارتكاب أحد الزوجين جريمة شائنة من شأنها أن تلحق بالطرف الآخر ضرراً ثابتاً لا يطاق.

و - امتناع أحد الزوجين - مع اقتداره مادياً - عن التكفل بمعيشة أسرته بدون مسوغ مقبول بحيث يقود الحياة الزوجية الى زعزعة وخلافات تستعصى على الحل أو الانفراج.

٥- تنافر طبائع الزوجين وعدم انسجامهما بحيث يفضي ذلك في نهاية المطاف الى توتر شديد في العلاقات الزوجية توتراً يمهّد السبيل الى الشعور بالنفور، ثم الى زرع روح البغضاء والعداء وسوء التفاهم، ويصل الامر الى حالة تتضاءل معها كافة امكانات اصلاح ذات البين. فحينئذ تبدو الأبواب موصدة من كل صوب وحذب ولا يبقى بديل سوى طرق باب الطلاق<sup>(١)</sup>.

(١) المرجع باللغة الالمانية:

dr. khaLIL ABBASI

Die RECHTLICHE STELLUNG Der FRAU

— S. 72- 74 KOLN ١٩٦٥

## المبحث الثالث

### الطلاق في القانون الايطالي

١٨٠٩. ١٩٨٣

يعتبر القانون الايطالي منذ زمن بعيد من أكثر تشريعات العالم تأثراً بتعاليم الكنيسة الكاثوليكية التي تنادي بان الزواج عقد مقدس أمام الله، ليس باستطاعته أية قوة بشرية أن تطلق.

وقد خضع الزواج في إيطاليا لقواعد قانون الكنيسة منذ أن كتبت لها الغلبة على القانون الروماني، حيث جعلت الزواج نظاماً دينياً، والطلاق عملاً محظوراً. واستمرت الحالة هذه الى صدور مجموعة نابليون سنة ١٨٠٩م وبعدئذ أصبحت أحكامها تسري على الزواج والطلاق في إيطاليا، على الرغم من أنها لاقت معارضة شديدة من قبل أنصار الكنيسة، فأوقف نفاذ النصوص المنظمة للطلاق، ولكن أخيراً رفع الإيقاف وبيع الطلاق بموجبها في نفس السنة<sup>(١)</sup>. إلا أن هذا القانون لم يكتب له الدوام حيث ألغى فور سقوط نابليون واستعادت الكنيسة سلطانها على الزواج والطلاق.

### قانون ١٨٦٥:

قانون نابليون وإن ألغى العمل به في إيطاليا، إلا أنه لم يغادر هذا البلد حتى ترك أثراً على تفكير رجال القانون وقادة الفكر بتوجيههم نحو الأخذ بالطلاق ما دامت هناك حالات ضرورية تفرضها سنة الحياة على رابطة الزوجية بحيث لا يمكن علاجها إلا من طريق الطلاق. ونتيجة لذلك أخذ كثير من الكتاب ينادون في كتاباتهم بمدنية الزواج وجواز الطلاق وقد وقفت الكنيسة بحزم ضد هذه الدعوة وهاجمت بشدة أنصارها<sup>(٢)</sup>.

(١) DeSjardins: الزواج في إيطاليا منذ معاهدة لاتران طبعة باريس ١٩٣٣ ص ٣١. نقلا عن

استاذنا الشرقاوي المرجع السابق ص ١١٢.

(٢) المرجع السابق ص ٣٣.

ولكن مع ذلك كله فإن جهود الدعاة قد حققت بعض النجاح بصدر أول مجموعة مدنية إيطالية سنة ١٨٦٥م. وبموجبها أصبح الزواج مدنيا ونزعت الاختصاصات القضائية في قضايا الزواج عن الكنيسة.

ولكن على الرغم من اعتبار الزواج مدنيا فإن الطلاق ظل محرما في ظل هذا القانون وهذا التعارض بين مدنية الزواج وتحريم الطلاق يعتبر من عيوب ومآخذ قانون ١٨٦٥.

ولكن بقاء الطلاق على التحريم لا يعني أنه كان حكما مرغوبا فيه لدى الإيطاليين بل قامت معارضة قوية ضده فبذلت محاولات كثيرة لباحة الطلاق.

ومنذ سنة ١٨٧٨ قدمت عدة مشروعات قانونية تتضمن الاعتراف بالطلاق ولو على نطاق محدود، إلا أنها لاقت معارضة أخرى معاكسة من قبل الكنيسة وبعض الهيئات الأخرى<sup>(١)</sup>.

## قانون ١٩٢٩:

بعد أن تم عقد معاهدة (لاتران) بين الحكومة الإيطالية (في عهد موسوليني)، وبين البابا بموجبها أصبح الزواج الديني الذي يعقد في الكنيسة الكاثوليكية منتجا لآثار الزواج المدني بعد تثبيته في سجلات الحالة المدنية طبقا للقواعد المرعية. وجعل النظر في دعاوى بطلان الزواج من اختصاص محاكم الكنيسة. أما تنظيم آثار الزواج والانفصال الجشمانى فإنه يبقى خاضعا لأحكام المجموعة المدنية الإيطالية.

وبعد هذه المعاهدة صدر قانون في ٢٤/حزيران/١٩٢٩م أقر لغير الكاثوليك ممن تعترف الدولة الإيطالية بدياناتهم كالمسيحيين البرتستانت والاسرائيليين... أن يتموا زواجهم أمام جهاتهم الدينية، ويبقى هذا الزواج خاضعا في شروطه وآثاره وانهاؤه لأحكام المجموعة المدنية<sup>(٢)</sup>.

(١) مجموعة le Bras ص ١٧٣ نقلا عن الشرقاوي ص ١١٢.

(٢) الأستاذ الشرقاوي المرجع السابق ص ١١٢. مجموعة le Bras ص ١٧٤.



## قانون ١٩٤٢

صدرت المجموعة المدنية الايطالية الجديدة سنة ١٩٤٢ لتحل محل المجموعة المدنية السابقة. وأهم ما جاءت به من أحكام الزواج أنها أقرت ثلاث صور للزواج:

أ - زواج يتم أمام القس الكاثوليكي ويخضع للقانون الكنسي، ويكون النظر في الدعاوى المتعلقة به من اختصاص الكنيسة.

ب - زواج ديني لغير الكاثوليك.

ج - الزواج المدني.

وهذان يخضعان لأحكام المجموعة المدنية والنظر فيها من اختصاص المحاكم المدنية. والطلاق محرم في هذه الصور الثلاث، وإنما المباح هو الانفصال الجشمانى.

## من أحكام القانون ١٩٤٢:

أ - لا ينحل الزواج الا بوفاة أحد الزوجين (م١٤٥).

ب - لزوجة المفقود المحكوم بموته من قبل القضاء أن يعقد زواجا جديدا (م٦٥).

لان افتراض الموت بحكم القاضي بمثابة الموت الحقيقي، لكن يعتبر الزواج باطلا اذا عاد المفقود أو ثبت حياته (م٦٨).

وقد نظمت نصوص المواد (٤٨-٧٣) احكام الفائب والمفقود.

ج - يجوز الانفصال الجشمانى بين الزوجين (م١٥٠).

هذا القانون لم يعترف الا بالانفصال الجشمانى وهو إما قضائى وأما اتفاقى:

## أولا - الانفصال القضائى:

يشترط للحكم بالانفصال القضائى توفر سبب من الأسباب الآتية:

### ١- زنا أحد الزوجين:

اذا ارتكب أحدهما الزنا فيحق للطرف الآخر أن يطلب من القضاء أن يحكم بينهما بالانفصال الجشمانى<sup>(١)</sup>.

<sup>(١)</sup> يعتبر الزنا سببا لطلب الانفصال وان لم يكن معاقبا عليه أو كان المدعى قد ارتكب فعل الزنا أيضا أي لا يطبق هنا مبدأ مقابلة الخطأ بالخطأ.

غير أن هذا القانون فرّق بين زنا الزوج والزوجة من حيث القوة السببية للانفصال فزنا الزوجة وحده كان كافياً لأن يكون سبباً للحكم بالانفصال، بخلاف زنا الزوج فإنه لم يقبله القاضي سبباً كافياً وحده، بل يجب أن يقتن به ظروف أخرى تثبت إساءة الزوج البالغة لزوجته (م ١٥١/٢).  
هذا بخلاف قانون الكنيسة فإنه لم يفرّق بين زنا كل من الزوجين في اعتباره سبباً كافياً لطلب الحكم بالانفصال الجشمانى.

#### ٢- الهجر المتعمد:

هجر أحد الزوجين للآخر يعتبر سبباً لأن يطلب الآخر الحكم بالانفصال (م ١٥١/٣). ولم أطلع في هذا القانون على تحديد مدة للهجر، ويبدو أنه ترك ذلك لتقدير القضاء..

#### ٣- سوء السلوك:

- ١- سوء المعاملة والإساءة البالغة من أحدهما يبرر للآخر حق طلب الانفصال (م ١٥١/٤).
- ٢- الحكم بالسجن على أحدهما مدة تزيد على خمس سنوات يعطي الحق للآخر في طلب الانفصال (رقم ١٥٢).
- ٣- يجوز للزوجة طلب الانفصال إذا لم يهيء لها الزوج - لغير عذرٍ مكاناً لإقامتهما، أو إذا رفض مع قدرته تهيئته بما يتفق مع حالته. (م ١٥٣).
- ٤- ويلاحظ أن حصول الوفاق بين الزوجين يسقط حق طلب الانفصال<sup>(١)</sup>. سواء كان قبل رفع الدعوى أم بعده (م ١٥٤).

### ثانياً - الانفصال الاتفاقي:

الاتفاق بين الزوجين على الانفصال الجشمانى جائز دون حاجة إلى قيام سبب يبرره لكن لا ينتج أثره ما لم تصدقه المحكمة بعد حضور الزوجين أمامها ومحاولة التوفيق بينهما للرجوع عن نية الانفصال (م ١٥٨).

ويرتب على الانفصال: سقوط جميع الالتزامات المترتبة على الزواج وكذلك سقوط جميع حقوق المسؤول عن سبب الانفصال.

لكن تبقى حقوق المحكوم له ما لم تتعارض تلك الحقوق مع طبيعة الانفصال (م ١٥٦/١)<sup>(١)</sup>. ويستطيع الزوجان إنهاء أثار حكم الانفصال، واستئناف الحياة الزوجية

(١) الشرقاوي المرجع السابق ص ١١٨. قانون المرافعات الإيطالي (م ٦٠٦ - ٦٠٨).

باتفاقهما دون حاجة الى حكم القضاء سواء كان الاتفاق صريحاً أو ضمناً كالعودة الفعلية الى الحياة المشتركة (المساكنة).

ولا يلزم أن تقتن المساكنة بالمعاشرة الجنسية لغرض إنهاء الانفصال واستئناف الحياة الزوجية (م ١٥٧).

وبذلك يكون الانفصال الجشمانى في التعاليم المسيحية شبيهاً للطلاق الرجعي في الشريعة الاسلامية، لان كلا منهما حالة بين اللزواج واللاطلاق، وان الرجعة تحصل عند كثير من الفقهاء بالقول وبالفعل ايضاً، دون حاجة الى حكم القضاء.. ولكن هناك فرق جوهري بينهما وهو أن المطلقة طلاقاً رجعياً في الاسلام تنقطع علاقتها مع الزوج بانتهاء عدتها وتصبح مستقلة، فلها أن تتزوج ممن تختاره شريكاً جديداً للحياة الزوجية، بخلاف الانفصال فان كلا منهما يحرم من الزواج مادام الآخر في الحياة مهما طالّت المدة. ثم أن التوارث ثابت بين الزوجين في الطلاق الرجعي اذا مات أحدهما قبل إنتهاء العدة بخلاف الانفصال.

ويلاحظ أن حرمان المواطن الايطالي من الطلاق قد يدفعه الى كسب جنسية دولة اجنبية لغرض الحصول على الطلاق. فاذا تمت هذه العملية ثم بعد الطلاق استرجع جنسيته الايطالية، فان القضاء يحكم ببطلان طلاقه، وببقاء الحياة الزوجية اذا ثبت لديه أنه لم يكتسب الجنسية الاجنبية الا لغرض الطلاق<sup>(١)</sup>.

## دستور ١٩٤٨:

تحريم الطلاق في ظل مجموعة ١٩٤٢ لم يطرأ عليه تغيير بعد زوال النظام الملكي، وانتهيار الفاشية في ايطاليا، بل معاهدة (لاتران) تحولت الى جزء من الدستور الايطالي الجديد الذي أصبح نافذاً منذ أول حزيران ١٩٤٨ م.

غير أن هذا الدستور واجه مناقشات عنيفة أثارها الشيوعيون الايطاليون في الجمعية التأسيسية التي رفضت بشدة النص في الدستور على مبدأ (عدم قابلية الزواج للانحلال بالطلاق).

(١) مجموعة le Bras ص ١٨٠-١٨١.

(٢) Juris Classeur القانون المقارن الايطالي رقم ١٤٨. مجموعة Bras ص ١٧٧.

وعلى الرغم من أن هذا الرفض لم يكن له مدلول قانوني، إلا أنه دل على أن هناك تيارا شعبيا في إيطاليا ضد تحريم الطلاق. أضف إلى ذلك فإن الفقهاء الإيطاليين أخذوا يشعرون بضرورة إباحة الطلاق في الحالات التي تمس الحاجة فيها إليه أسوة ببقية دول العالم<sup>(١)</sup>.

## قانون ١٩٧٠:

إن التيار الشعبي ضد تحريم الطلاق في إيطاليا قد حقق أخيرا نتيجة فعلية، فقد خرجت قبل صدور قانون ١٩٧٠ مظاهرات متعددة إلى الشوارع مطالبة بإباحة الطلاق. ومن اللاتعات المستعملة في هذه المظاهرات: (الحيوانات لا تطلق ولكن الشعوب المتحضرة تفعل ذلك).

وتحت هذا الضغط المتواصل اضطر المشرع الإيطالي إلى تشريع قانون يسمح لأول مرة في التاريخ التشريعي الإيطالي بالطلاق. وقد صدر في ١٢/٢/١٩٧٠ وأصبح نافذا معمولا به في ١٢-١٢-١٩٧٠. ويقال: بعد هذا السماح بلغ عدد الزوجات التي طلقن أكثر من مليون. على الرغم من أن الطلاق المعترف به قانونا كان بالنسبة إلى الزواج المدني الذي تم عقده<sup>(٢)</sup> خارج الكنيسة فقط.

## قانون ١٩٨٣<sup>(٣)</sup>

يبدو أن المشرع الإيطالي قد تراجع أخيرا عن السماح بالطلاق تحت تأثير الكنيسة الكاثوليكية. ولكنه لم يستطع أن يهمل كليا أمرا يحتمه واقع الحياة وهو أن الزواج قد يفشل ولا سبيل لعلاج إلا الانحلال. وبناء على هذه الحقيقة استعاض عن الطلاق بما يسمى بـ (الزواج (أو الغاء) عند قيام ما يوجب ذلك. وهو يحقق نفس النتيجة التي يحققها الطلاق. إذا ما هو سر هذه الحساسية ضد لفظ (الطلاق)؟ لا أدري!!!

وقد تم تقرير القانون الجديد في يوم ٢٧/١١/١٩٨٣، وهو يعتبر تطويرا للقانون الذي بدأ بمبادرة البابا يوحنا الثالث والعشرين في مجلس الفاتيكان سنة ١٩٦٢-١٩٦٥ والذي

(١) TRObuCChi فقرة (١١٧) نقلا عن الشراوي ص ١١٤.

(٢) أنظر الأستاذ إبراهيم النعمة: نفحات من شريعة الاسلام وصلاتها للتطبيق في كل زمان وفي كل مكان ص ٥١.

(٣) أنظر مجلة العائلة اليوم التي تصدر من الفاتيكان العدد السابع من كانون الثاني ١٩٨٤.

أنهاء البابا بولس السادس وذلك باستحداث الكنيسة المادة (١٠٥٥) من القانون الجديد التي تنص على أن: (عقد الزواج الذي يقرره رجل وامرأة في الحياة المشتركة التي تهدف الى أنجاب وتربية الأطفال بين - المعمدين - رفع من قبل المسيح سيد الكرامة والمقدسات).

والمادة (١٠٥٦) تنص على أن: (عقد الزواج هو بموافقة الطرفين وهو غير قابل للحل من قبل أية قوة بشرية. والموافقة الزوجية هي اثبات رغبة الطرفين في عقد أبدي ورغبتهم في بناء الحياة الزوجية).

### اسباب الالغاء في ظل القانون الجديد:

اسباب الالغاء قبل هذا القانون كانت قليلة أما القانون المعمول به حاليا فقد توسع في هذه الأسباب فمنها اجتماعية، ومنها نفسية يستند اليها أحد الزوجين في طلب الالغاء عندما يكون لها تأثير على موافقة القضاء..

#### أولا - الأسباب الاجتماعية:

يعتبر عدم التكيّف والتلازم من أكثر الأسباب المطروحة لطلب الالغاء على الرغم من أنه السبب الأقل قبولا عند القضاة.

ويأتي في صدارة الأسباب الاجتماعية: عدم أنجاب النسل للعقم أو للامتناع عنه. والخيانة الزوجية، والصمت والسكوت الذي يمارسه أحد الزوجين.

ومن الجدير بالذكر أن كثيرا من النساء الايطاليات يمتنعن عن أنجاب الاطفال ويرفضن الحياة المنزلية، لانهن يرغبن في الغاء الزواج ليحررن حظهن في مجال الوظائف والنقابات والسياسة وغيرها من الأعمال الحرة الأخرى التي تتطلب الكثير من الوقت والاهتمام.

#### ثانيا - الأسباب النفسية:

وهي ما يتعلق بحالات المرض العقلي، والأمراض النفسية المختلفة مثل الهستيريا، والأعصاب، أو ما يتعلق باضطراب الوظائف التناسلية مثل الخلل الجنسي، وتغير الجنس، والشذوذ الجنسي... وهي أسباب تؤدي الى احداث صعوبات قضائية في نظر

الفاتيكان. لان فردية وخصوصية الظواهر النفسية مصدر صعوبة طبيعية بالنسبة للقاضي الذي يجب أن يأخذ بنظر الاعتبار في الحكم ما هو طبيعي وما هو مرضي في كل الأحوال الاجتماعية والنفسية.

وللوصول الى الحكم بالغاء الزواج يجب أن يكون هناك سبب واضح يمكن اثباته واثبات تأثيره على القدرات العقلية أو العاطفية أو الارادية والحالة الاكثر وضوحا في حالة الخوف والعنف، أو عدم امكانية اداء الواجبات الزوجية من الناحية الاجتماعية.

### إحصائية لحالات الغاء الزواج بين عام ١٩٧١- ١٩٨١ التي قررتها المحاكم الكاثوليكية

إيطاليا	أوروبا	أمريكا الشمالية	المجموع الكلي في العالم
٣٦٥	٢٠٩	١٠٦	٨٤٠
٣١٤	٣٨٧	٨٥٧	١٠١١
٣٦٤	٣٥٤	٨٨٧	١١١١
٦١٧	١٠٦١	٧٤٠٦	١٧٥٦٨
١٠٦٠	١٧٧	٢٧٨٠	٤٠٥٧
١٠٠٠	٢٨٠	١١٨١٤	٤٤١٧٤
١١٦	١٨١٦	٨٠٤٠٣	٥٠٠٧٦
٤٤٧	٦١٣٥	٧٨٦٤٣	١٧٨١٥
١١٦	٥١١١	١٠٨٥١	٦١٧٨٦
١٧٨	٦٢٥١	١٦١٥٥	٢٨٦٣٦
٨٨٠١			

أسباب الغاء الزواج عند الكنيسة المقبولة منها وغير المقبولة  
ونسبتها في ايطاليا لسنة ١٩٨٣<sup>(١)</sup>

ت	الاسباب	الموافق عليها	النسبة	المرفوضة	النسبة
١	عدم أنجاب الاطفال	١٠٨	%٣٠,٥	٤٥	%٣١,٢
٢	عدم التكيف والتلاؤم	٨٩	%٢٥,١	٤٤	%٤٠,٤
٣	الخيانة الزوجية	١٨	%٥,١	١٥	%٤٨,٤
٤	عدم التفاهم	٥٩	%١٦,٦	٨	%١٤,٨
٥	العنف والخوف	٣٢	%٩	١٠	%٢٦,٣
٦	السكون الكامل	١٧	%٤,٨	١٥	%٥٠,٠
٧	عدم امكانية القيام بالواجبات الزوجية	١٢	%٣,٤	٥	%٢٩,٠
٨	العجز الجنسي	٩	%٢,٥	١	%٢٠,٠
٩	اسباب مختلفة	١٠	%٢,٨	٦	%٥٤,٥

<sup>(١)</sup> مترجمة عن مجلة العائلة اليوم التي تصدر من الفاتيكان العدد السابع الصادر في كانون الثاني ١٩٨٤.

## المبحث الرابع

### الطلاق في القانون الفرنسي

مر نظام الطلاق في التشريعات الفرنسية من حيث مدى اطلاق وتقييد حرية ارادة الزوجين فيه بالمراحل المتباينة التالية:

#### ١. مرحلة اطلاق حرية الارادة:

بسبب العرف السائد في اقليم فرنسا الشمالي، واتباع القانون الروماني في اقليمها الجنوبي حين كانت فرنسا القديمة متأثرة بالقانون الروماني في اباحة الطلاق.

#### ب. مرحلة التقييد:

حاربت الكنيسة فكرة حرية الارادة في الطلاق لأصطدامها مع ما تنادى به من أن الزواج علاقة ابدية لا تنفصم. فألغت الطلاق في شمال فرنسا في القرن الثاني عشر، وفي جنوبها في القرن الثالث عشر. وأقرّت نظامين هما: نظام بطلان الزواج ونظام الانفصال الجثماني ليحلا محل الطلاق في حل مشكلة عدم الانسجام.

#### ج. في المرحلة الثالثة:

لما قامت ثورة ١٧٨٩م أعادت نظام الطلاق الى ما كان عليه في المرحلة الأولى بمقتضى قانون ٢٠/أيلول/١٧٩٢ .

ويرى فقهاء القانون<sup>(١)</sup>: أن هذا القانون يعتبر ثورة على القانون الكنسي في تنظيم الطلاق، حيث جاء في مقدمته: (ان حق الطلاق من مقومات الحرية الفردية، والارتباط بالزواج ارتباطا دائما يعني فقدان هذه الحرية) ولذا أباح الطلاق في نطاق واسع فاباحه

(١) أنظر الدكتور الشرقاوي المرجع السابق ص ٢٧.



باتفاق الزوجين، كما أعطى المجال لكل واحد من الزوجين أن يطلب الطلاق من القضاء لمجرد عدم الوفاق بينه وبين الزوج الآخر، أو لجنون، أو لهجرة كهجرة النبلاء من فرنسا أثناء الثورة بعد سقوط الباستيل) أو إختفائه لمدة لا تقل عن خمس سنوات.

كما ألغى نظام الانفصال الجشمانى وبذلك جاء القانون متفقاً مع الاتجاه السائد بعد قيام الثورة الفرنسية ضد مبدأ عدم أنقضاء الزواج كما كان استجابة لروح الفردية التي سادت في بدايتها.

ونتيجة لذلك وصل الإسراف في الطلاق حداً بلغ عدد حالات الطلاق سنة ١٧٩٣ ثلث عدد الزيجات التي أبرمت في تلك السنة.

#### د . المرحلة الرابعة:

بعد عودة الملكية وأيلولة الحكم الى أسرة البربون أصبحت الكاثوليكية من جديد الدين الرسمي للدولة باعتبارها دين أغلبية الفرنسيين فألغت نظام الطلاق أيضاً بقانون مايس/١٨١٦. وعادت الحال بذلك الى ما كانت عليه قبل الثورة، وأصبح الزواج مرة ثانية غير قابل للإنفصام الا بالموت.

لكن زالت صفة الدين الرسمي عن الكاثوليكية منذ ١٨٣٠م، وكان المفروض بعد ذلك أن يرجع العمل بنظام الطلاق، وفعلاً بذلت محاولات كثيرة لإصدار قانون بالعودة الى اباحة الطلاق الا أنها باءت بالفشل نتيجة معارضة مجلس الشيوخ. وظل منع الطلاق مستمراً في فرنسا زهاء (٧٠) سنة، الى أن أعيد بقانون ٢٧/تموز/١٨٨٤ الذي عرف بقانون Naguet نسبة الى الرجل الذي كان له أكبر الأثر في إصداره<sup>(١)</sup>.

وبعد هذا القانون أخذ المشرع الفرنسي يدخل تعديلات تشريعية متوالية<sup>(٢)</sup> لتسهيل اجراءات الطلاق. وأخيراً آل الأمر الى أن ألغى كل قيد على زواج من سبق بينهما طلاق، أو على طلاقهما مرة أخرى.

(١) ينظر الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي: الزواج قيامه. آثاره. أنقضاءه في القانون الفرنسي ط/١٩٦٥/ القاهرة. ص ١٧١ وما بعدها.

(٢) كقانون ١٨/نيسان/١٨٨٦، وقانون ٦/شباط/١٨٩٣، وقانون ١٩١٩، وقانون ١٩٢٤، وقانون ٤/كانون الثاني/١٩٣٠.

كما أن القضاء الفرنسي تصاهل إلى حد بعيد في منح الطلاق فأدى ذلك إلى ازدياد حالاته في فرنسا زيادة غير معقولة مما دعا الكثير من الكتاب إلى المناداة بتقييد الطلاق، وحتى بالغائه<sup>(١)</sup>.

## هـ . مرحلة الرجوع إلى التقييد:

استجاب المشرع الفرنسي في سنة ١٩٤١ لنداءات المفكرين والكتاب بتقييد الطلاق حماية للأسرة الفرنسية من الانهيار، فأصدر قانون ٤/نيسان/١٩٤١، وكان يستهدف تعديل أحكام الطلاق. فهو لم يذهب إلى منعه ولكن جعله أكثر صعوبة ذلك بفرض إجراءات قضائية على إرادة الراغب في الطلاق، وباستحداث شروط تضيق نطاق الحكم بالطلاق. أضف إلى ذلك قيوداً أخرى منها: عدم قبول دعوى الطلاق قبل مرور ثلاث سنوات على الزواج. لكن ألغى هذا الشرط بقانون ١٩٤٥م.

## و . المرحلة الأخيرة:

وهي التي استقر عليها التشريع الفرنسي بالأخذ بنظام الطلاق المقيّد أي الطلاق الذي لا يتقرّز إلا بأسباب معصورة يحددها القانون. وقد نظّم الطلاق بالمواد (٢٢٩-٢٣٢) من المجموعة المدنية الفرنسية ويؤخذ من نصوص هذه المواد أن أسباب الطلاق في القانون الفرنسي تقتصر على ثلاثة وهي:

١- زنا الزوجة (م٢٢٩)، أو زنا الزوج (م٢٣٠).

٢- الحكم على الزوج بعقوبة جنائية (م٢٣١).

٣- القسوة وسوء المعاملة (م٢٣٢).

## المسبب الأول - الزنا: adultere:

يلزم القانون الفرنسي (م٢١٢) كلا من الزوجين بالاخلاص للآخر. وأهم ما يترتب على هذا الالتزام من الواجبات هو الامتناع عن الخيانة الزوجية.

<sup>(١)</sup> ينظر Savatier: شرح القانون المدني الفرنسي ج ١ ف٢٨١ نقلاً عن الشرقاوي المرجع السابق ص ٢٩.

ولذلك فإن ارتكاب الزنا من أحد الزوجين يعتبر اختلافا خطيرا بهذا الالتزام يرتب عليه القانون حق الزوج الآخر في طلب الطلاق.

فهو سبب الزامي للطلاق سواء كان من الزوج أم من الزوجة (م ٢٢٩، ٢٣٠ مدني) على الرغم من أن القانون الجنائي يفرق في العقوبة بين زنا الزوج وزنا الزوجة. ولاعتباره سببا للطلاق يجب أن يقع ممن يتمتع بأهلية كاملة وباختياره، وأن لا يكون بموافقة الزوج الآخر ولا تواطؤه أو تحريضه فإذا توفرت هذه الشروط لدى القاضي عليه أن يحكم بالطلاق وإن علم أن صالح الأسرة هو البقاء على الزوجية<sup>(١)</sup>.

### السبب الثاني - الحكم بعقوبة جنائية:

إذا حكم على أحد الزوجين بعقوبة جنائية تلحق الجسم وتمس الشرف فلآخر طلب الطلاق وفق المادة (٢٣١) على أساس أن ضميمه قد يتأذى من بقاء مع مثل هذا المجرم.

الا أنه يجب لاعتباره سببا الزاميا للطلاق، أن يتوفر فيه الشروط التالية:

١- الحكم بعقوبة جنائية لا عقوبة جنحة<sup>(٢)</sup>.

٢- أن تلحق العقوبة الجسم أو الحرية كالاشغال الشاقة والسجن، وتمس الشرف والاعتبار.

٣- أن يكون الحكم صادرا من محكمة فرنسية لا اجنبية.

٤- أن يكتسب الحكم الدرجة القطعية (درجة البتات) بأن يكون غير قابل للمتميز.

٥- أن يكون الحكم قد صدر أثناء الزواج وأن سبقه ارتكاب الجريمة.

٦- لم يرد المجرم اعتباره ولم يشمل عفو عام.

وإذا توفرت هذه الشروط فعلى القاضي الحكم بالطلاق بعد رفع الدعوى اليه، ولا يحق لأحد الزوجين رفع الدعوى على الآخر في هذه الحالة إذا وقعت الجريمة منهما سواء كانا فاعلين أصليين أم شريكين أم أحدهما أصيلا والآخر شريكا.

(١) الدكتور عبد الفتاح، المرجع السابق ص ١٨٠.

(٢) الجنائية: جريمة يعاقب عليها بالاعدام، أو السجن المؤبد أو السجن المؤقت أكثر من خمس سنوات الى عشرين سنة.

والجنحة: جريمة يعاقب عليها بالعسب الشديد أو البسيط أكثر من ثلاثة أشهر الى خمس سنوات أو بالفرامة. ق. ع. ح. (م ٢٥).

### السبب الثالث - القسوة، وسوء المعاملة، والاساءة البالغة:

وهي صور من الايذاء تصدر من احد الزوجين فيباح للآخر أن يطلب الطلاق، لذا اعتبر الكل سببا واحدا للطلاق. وللقاضي السلطة التقديرية في أن يرد الطلاق لهذا السبب وأن يحكم به بموجب المادة (٢٣٢) إذا توفرت الشروط التالية:

١- أن يكون العمل اراديا فان كان مجنونا، أو فاقدًا وعيه لأي سبب كان لا يعتبر عمله سببا يشفع للآخر بالطلاق.

٢- أن يكون شخصياً أي مرجعها من أحدهما نحو الآخر فإذا كان على أقاربه أو من أقاربه يخرج من نطاق هذا السبب.

٣- أن يقع العمل أثناء قيام الزوجية بموجب المادة (٢٣٢).

٤- توفر الجسامة والعنف أمّا لشدة الفعل ذاته، أو لتكراره ويؤخذ بنظر الاعتبار المكانة الاجتماعية للبريء إذ قد يعتبر صفع الرجل زوجته عملاً عادياً بالنسبة لامرأة وخطأً جسيماً بالنسبة لأخرى.

٥- أن تبلغ القسوة وسوء المعاملة حدا يرى القاضي أن الاستمرار على الحياة الزوجية أصبح أمراً لا يطاق<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ على هذا القانون ما يلي:

١- أخذ بمبدأ التحديد القانوني لأسباب الطلاق وحصرها في نصوص التشريع. وبدل على ذلك نص المادة (٢٣٢) على أنه (في غير الحالات المنصوصة في المواد ٢٢٩-٢٣١) ليس للقضاة أن يحكموا بالطلاق إلا بسبب القسوة وسوء المعاملة والاساءة.

٢- أخذ في تنظيم الطلاق بفكرة الجزاء واعتبر الطلاق عقاباً للطرف الآخر المسبب لانتهيار الكيان الزوجي ومن الجدير بالذكر أن هناك نظريتين في أساس تحديد أسباب الطلاق في جميع التشريعات الوضعية وهما: نظرية الطلاق كعقوبة (أو كجزاء)، ونظرية الطلاق كعلاج (أو كدواء) فأخذ القانون الفرنسي مبدأياً بالنظرية الأولى باعتبار أن الطلاق لا يتقرر إلا إذا أخل أحد الزوجين أو كلاهما بالتزاماته الزوجية<sup>(٢)</sup>.

(١) ينظر الدكتور الشرقاوي المرجع السابق ص ٢٢ وما بعدها. الدكتور عبد الفتاح المرجع

ص ١٧٥ وما بعدها. د الدكتور حسن الاشموني الاحوال الشخصية في القانون الفرنسي ص ٢٢.

(٢) الدكتور عبد الباقي المرجع السابق ص ١٧٢.

وبناء على ذلك لم يبيح القانون الفرنسي الطلاق للأسباب الآتية:

أ - جنون أحد الزوجين.

ب - الغيبة.

ج - الامراض التناسلية.

د - أي سبب آخر من الأسباب التي لا تعتبر اخلالا بالالتزامات الزوجية.

وقد تبين لنا في الباب الرابع من هذا الكتاب:  
 أن الطلاق في نظر الشريعة الإسلامية ذو طبيعة  
 ازدواجية فهو علاج وعقاب ففي الإيلاء - مثلا -  
 علاج لرفع ضرر الزوجة وعقاب للزوج، وفي نشوز  
 الزوجة عقاب لها وعلاج للزوج... هذه هي صفة  
 الطلاق في أكثر وقائعه.  
 وقد يكون علاجاً فقط إذا لم يكن هناك تقصير  
 من أي من الجانبين كما في حالات الأمراض  
 التناسلية أو العقلية أو المعدية وهذه الطبيعة  
 الازدواجية الشمولية هي التي تتفق مع الحكمة  
 التي اقتضت تقرير (الطلاق في الشرائع والقوانين  
 والأعراف).

## الملحق

هذا الملحق مقتبس من كتاب (الإسلام قبل المذاهب) الذي تم تأليفه قبل زهاء (٧٠) سنة من قبل جماعة من نوابغ العلماء وشيوخ الأزهر الشريف وقام بتصحيحه الأستاذ (زكريا علي يوسف) وانقله حرفيا في هذا الملحق، لعل الله يهدي به أصحاب العقول المتحجرة من الفارقين في النزعة المذهبية والصوفية والطائفية، الذين يبيحون زوجة عمرو لزيد قبل أن يطلقها عمرو ويتزوجها زيد، وظلوا هادمين للبيوت الأسرية على أهلها من الزوج والزوجة والأولاد بدون ذنب.

نص ما ورد في كتاب (الإسلام قبل المذاهب) ص ١١٩-١٢٢:

## مسائل لا يقع الطلاق إلا بها

١- الإشهاد على الطلاق والرجعة، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا، فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾<sup>(١)</sup>.

فالامر هنا للرجوب وهو قول ابن عباس.

روى الطبري في التفسير عنه قال: أن أراد مراجعتها قبل أن تنقضي عدتها أشهد رجلين، كما قال الله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ عند الطلاق وعند المراجعة، وقول عطاء رواه عبد الرزاق وعبد بن حميد قال: (الطلاق بالشهود).

٢- بطلان الرجعة إذا قصد بها الرجل المضارة، لقوله تعالى: ﴿وَيُعَوِّلُتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ أَنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾<sup>(٢)</sup>.

<sup>(١)</sup> سورة الطلاق/١-٢.

<sup>(٢)</sup> سورة البقرة/٢٢٨.

- ٣- وجوب المتعة للمطلقة لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾<sup>(١)</sup>.
- ٤- عدة المرتابة لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ أَنْ كُنَّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾<sup>(٢)</sup>. وقوله تعالى ﴿وَاللَّائِي يَنْسَنَ مِنَ الْحَيْضِ مِنْ نِسَائِكُمْ أَنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتِ الْأُحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا﴾<sup>(٣)</sup>.

ثم يمضي الكتاب قائلا:  
"ملخص ما سبق:

- ١- يجوز الطلاق قبل الدخول في أي وقت طلقة واحدة.
- ٢- يجوز الخلع أو الطلاق على مال أو المبرأة للمدخول بها وغير المدخول بها في أي وقت طلقة واحدة.
- ٣- المدخول بها إذا كانت من ذوات الحيض ولم تكن حاملا، يجوز طلاقها طلقة واحدة في طهر لم يمسه فيها.
- ٤- المدخول بها إذا كانت صغيرة لم تحض أو كبيرة أنقطع حيضها أنقطاعاً حقيقياً، يجوز طلاقها في أي وقت طلقة واحدة.
- ٥- الحامل المستبين حملها يجوز طلاقها في أي وقت طلقة واحدة.
- ٦- لا يقع الطلاق في الحيض ولا في النفاس ولا في طهر مسها المطلق فيه إلا إذا استبان حملها.
- ٧- الطلاق المعلق بجميع صورته وألفاظه لا يقع به شيء أصلاً.
- ٨- اليمين بالطلاق لغو ولا يقع به الطلاق.
- ٩- المعتدة لا يلحقها الطلاق..<sup>(٤)</sup>

(١) سورة البقرة/٢٤١.

(٢) سورة البقرة/٢٢٨.

(٣) سورة الطلاق/٤.

(٤) أي سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ سورة الطلاق/١. واللام للتوقيف، أي في وقت تبدأ عدتهن مباشرة، والمطلقة لا تُطلق، والمعتدة لا تمتد، وإلا للزم تحصيل الحاصل، وهو مستحيل وباطل باتفاق العقلاء.



- ١٠- الطلاق المقتن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع به إلا واحدة.
- ١١- لا يقع الطلاق إلا بلفظ أو دليل قصد به الانشاء..
- ١٢- لا يقع أي طلاق إلا إذا كان بحضرة شاهدي عدل سامعين فاهمين.
- ١٣- الإخبار بالطلاق والإقرار به لا يكون طلاقاً إلا إذا قصد به الانشاء وتحققت شروط صحته حين الإخبار.
- ١٤- إذا اختلف الزوجان في أن الطلاق كان في حيض أو في نفاس أو في طهر مصّها فيه، فالقول قول مدعي الصحة مع يمينه.
- ١٥- لا تصح الرجعة إلا بالقول أو ما يدل عليه وبحضرة شاهدي عدل سامعين فاهمين.
- ١٦- لا تصح الرجعة إذا قصد بها المضارة، ومن المضارة أن يراجعها قاصداً إلى إيقاع طلاق أخرى بعد الرجعة.
- ١٧- إذا ادعت المطلقة أن الرجعة قصد بها المضارة، كانت البيّنة بينتها، والقول قوله مع يمينه (إن لم تكن لها البيّنة).
- ١٨- تجب المتعة على المطلق للمطلقة قبل الدخول إذا كان مهرها غير مسمى.
- ١٩- تجب المتعة على المطلق لكل مطلقة بعد الدخول.
- ٢٠- ليس للمختلعة ولا المطلقة بسبب، من قبلها شيء من المتعة.<sup>(١)</sup>
- ٢١- تُقدر المتعة على المطلق بحسب حاله يسراً وعسراً، مهما كانت حالة المطلقة، مع مراعاة الظروف التي حصل فيها الطلاق.
- ٢٢- لا تُصدق المعتدة من ذوات الحيض في أنقضاء عدتها بالحيض قبل مضي ثلاثة أشهر كاملة من تأريخ الطلاق.
- ٢٣- إذا ادعت المعتدة من ذوات الحيض غير الحامل وغير المرضع أنه لا يأتيها الحيض في كل شهر مرة، كانت عدتها ثلاثة أشهر كاملة من تأريخ الطلاق.
- ٢٤- إذا ادعت المعتدة المرضع ما تقدم في المادة السابقة، كانت عدتها ثلاثة أشهر تبدأ من اليوم التالي لإتمام رضيعها السنة الأولى من عمره.

(١) أي إذا كانت هي المقصرة والمسببة للخلع أو الطلاق.

ومضي الكتاب قائلاً:

"ونزيد على ذلك:

أ- لا يقع الطلاق إلا بالألفاظ الشرعية، كـ (أنت مطلقة) أو (أنت مبرحة) أو (فارقتك) أو (ألقي بأهلك)<sup>(١)</sup>.

ب- لا يقع الطلاق إلا عن وتر ورغبة أكيدة.

ج- لا يقع الطلاق في اغلاق، أي في حالة غضب شديد لا يعني ما يقول.

... أنتهى

رَبِّ زَكْنِي عِلْمًا وَالْحَقْنِي بِالْكَالِحِينَ

<sup>(١)</sup> أي بالنسبة لمن يجيد اللغة العربية، أمّا بالنسبة لغيره فيؤخذ بمعاني هذه الألفاظ في لغة المطلق.

## أهم مراجع الكتاب

### • المراجع الاسلامية

### • تفاسير القرآن الكريم

١. ابن العربي (أبو بكر محمد بن عبد الله المالكي المعروف بابن العربي ٤٦٨-٥٤٣هـ) أحكام القرآن تحقيق محمد علي البجائي ط/٢ مطبعة عيسى البابي.
٢. أبو حيان (محمد بن يوسف بن علي بن يوسف بن حيان الفرناطي الاندلسي ٦٥٤-٧٤٥هـ) التفسير الكبير المسمى بالبحر المحيط. مطبعة السمادة - القاهرة ١٣٢٨هـ.
٣. الجصاص (الأمام أبو بكر أحمد بن علي الرازي ت - ٣٧٠هـ) أحكام القرآن . تحقيق محمد صادق قمعاري.
٤. الرازي (الأمام فخر الرازي ت - ٦٠٦هـ)، التفسير الكبير، للطبعة البهية المصرية - القاهرة.
٥. الطبري (أبو جعفر محمد بن جرير الطبري ٢٢٤-٣١٠هـ)، تفسير الطبري. طبعة دار المعارف - القاهرة ١٩٦٦م.
٦. القرطبي (أبو عبد الله محمد بن أحمد الانصاري القرطبي ت - ٦٧١هـ) الجامع لأحكام القرآن ط/٣، ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م.

### • الحديث الشريف وشروحه:

١. أبو داود (سليمان بن الأشعث السجستاني) سنن أبي داود مع حاشية عون المعبود، طبعة دار الكتاب العربي - بيروت.
٢. البخاري (الأمام أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري ١٩٤-٢٥٦هـ) صحيح البخاري طبعة بولاق ١٣١٤هـ.
٣. البيهقي (الأمام أبو بكر أحمد بن الحسين النيسابوري ٣٨٤-٤٥٨هـ) السنن الكبرى طبعة حيدر آباد ١٣٤٧هـ.
٤. الشوكاني (محمد بن علي بن محمد الشوكاني ت - ١١٢٥هـ)، نيل الأوطار شرح منتقى الاخبار من أحاديث سيد الاخيار. مطبعة البابي الحلبي.

٥. العسقلاني (أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ٧٧٣-٨٥٢هـ) فتح الباري شرح صحيح البخاري. نشر وتوزيع المملكة العربية السعودية.
٦. بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام مع شرحه سبل السلام للصنعاني. مطبعة العاطف.
٧. العيني (الأمام بدر الدين أبو محمد عمود بن أحمد ت - ٨٥٥هـ) عمدة القاري شرح صحيح البخاري. الطباعة المنيرية.
٨. النووي (أبو زكريا يحيى بن شرف ت - ٦٧٧هـ) شرح النووي على صحيح مسلم.

#### • الكتب الفقهية:

##### • الفقه الحنفي:

١. ابن الهمام (الأمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد ت - ٦٨١هـ) شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني ت - ٥٩٣هـ.
٢. ابن عابدين (محمد أمين الشهير بابن عابدين) رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ط/٢، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م.
٣. الزيلعي (عثمان بن علي الزيلعي)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ط/٣.
٤. السرخسي (شمس الدين السرخسي) المبسوط مطبعة السعادة - مصر ١٣٢٤هـ.
٥. الكاساني (علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني ت - ٥٨٧هـ) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ط الأمام.

##### • الفقه المالكي:

١. الدردير (سيدي أحمد الدردير) شرح الصغير مع حاشية الصاوي (أحمد الصاوي) بلفة الصالك لأقرب المسالك ط دار الفكر - بيروت.
٢. الدسوقي (شمس الدين محمد عرفة الدسوقي)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير ط دار احياء الكتب العربية.
٣. الحرشي (أبو عبد الله محمد الحرشي) شرح الحرشي على المختصر الجليل للأمام أبي ضياء سيدي خليل ط/٢ بولاق ١٣١٧هـ.
٤. القراني (شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المعروف بالقراني) الفروق ط/١، ١٣٤٤هـ.
٥. المنتقى للبايجي (سلمان بن خلف) شرح موطأ أمام مالك.

##### • الفقه الشافعي:

١. الأردبيلي (يوسف الأردبيلي) الانوار لأعمال الأبرار مع حاشيتي الكمثري والحاج إبراهيم ط الحلبي - القاهرة.

٢. الباجوري (ابراهيم الباجوري)، حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم الغزوي ط احياء الكتب العربية.
٣. الشعازي (أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي) المذهب ط عيسى البابي الحلبي - مصر.
٤. الشرييني (محمد الخطيب الشرييني)، مغني المحتاج. ط الاستقامة - القاهرة ١٣٧٣هـ.

#### ● الفقه الحنبلي:

١. ابن قدامة (أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ت - ٦٧٠هـ) المغني على مختصر الحرقي. نشر مكتبة الرياض الحديثة.
٢. ابن تيمية (شيخ الاسلام أحمد بن تيمية)، مجموع فتاوى ابن تيمية. ط مكتبة المعارف - الرباط - المغرب.
٣. ابن قيم الجوزية (شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر ت - ٧٥١هـ). أعلام الموقعين عن رب العالمين، نشر مكتبة الكليات الأزهرية.
٤. اغاثة اللهفان من مصايد الشيطان ط مصطفى البابي.
٥. زاد المعاد، هدي خير العباد
٦. محمد خاتم النبسي بن وأمام المرسلين - المطبعة المصرية.

#### ● الفقه الجعفري:

١. الحلبي (جعفر بن الحسن الحلبي الملقب بالمحقق ٦٠٢-٦٧٦هـ) المختصر النافع فقه الأمامية ط ١٣٨٣هـ. شرائع الاسلام في الفقه الاسلامي الجعفري، منشورات دار مكتبة الحياة.
٢. الطوسي (الأمام أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي)، كتاب الخلاف في الفقه ط تابان طهران.
٣. الطبرسي (الأمام حسين النوري الطبرسي)، مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل ط طهران ١٣٨٢هـ.
٤. العاملي (الشهيد السعيد زين الدين الجبعي العاملي) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية.
٥. شرائع الاسلام للمحقق (نجم الدين ابي القاسم).

#### ● الفقه الزيدي

١. الشوكاني (محمد بن علي الشوكاني)، الدراري المضية شرح الدرر البهية ط ١/، ١٣٤٧هـ.

٢. الصنعاني (القاضي أحمد بن القاسم العنسي اليمني الصنعاني). التاج المذهب شرح متن الأزهار ط/١٣٦٦هـ - ١٩٤٧م.

● **الفقه الإباضي:**

١. أطفيش (عبد بن يوسف أطفيش)، شرح النيل وشفاء العليل ط السلفية - القاهرة ١٣٤٣هـ.
٢. السالي (أبو محمد عبد الله بن حميد السالي)، جوهر النظام في علمي الأديان والأحكام، تحقيق إبراهيم أطفيش الجزائري ط السلفية.

● **الفقه الظاهري:**

١. ابن حزم (أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ت - ٤٥٦هـ) المحلي ط المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت. معجم فقه ابن حزم الظاهري ط ١٣٨٥هـ - ١٩٦٦م.

● **الفقه المقارن:**

١. ابن رشد (الأمام أحمد بن محمد القرطبي الاندلسي الشهير بابن رشد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ط/١، ١٣٢٩هـ.
٢. الشعراني (الأمام سيدي عبد الوهاب الشعراني) الميزان الكبرى.

● **قوانين الأحوال الشخصية:**

١. القانون العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.
٢. القانون المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ المعدل بقانون رقم (٤٤) لسنة ١٩٧٩م.
٣. القانون الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٧٦.
٤. القانون الأردني رقم (٢٥) لسنة ١٩٧٧.
٥. القانون السوري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٥.
٦. القانون الجزائري (المشروع التمهيدي لقانون الأحوال الشخصية) الصادر سنة ١٩٨١.
٧. القانون التونسي (مجلة الأحوال الشخصية التونسية) الصادرة سنة ١٩٥٦.
٨. القانون التونسي (مجلة الأحوال الشخصية) لسنة ١٩٧٦.
٩. القانون المغربي (مدونة الأحوال الشخصية) لسنة ١٩٥٧.

● **للمراجع الحديثة:**

١. أحمد شاکر، نظام الطلاق في الإسلام.
٢. أحمد الفندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون.
٣. الصابوني (عبد الرحمن الصابوني)، مدى حرية الزوجين في الطلاق.

٤. كمال أحمد عوف، الطلاق في الإسلام حدود ومقيّد.

٥. المراجع الأخرى المذكورة في الهوامش.

#### • المراجع للموسوية:

١. التوراة

٢. شمار الخضر في الأحكام الشرعية الاسرائيلية للقوانين للباهو بشيامي تعريب وشرح مراد فرح، مطبعة الرغائب - القاهرة ١٩١٧.

٣. التوراة والتاريخ عدد (١٤) سلسلة كلام الله، تعريب الأب عثمانويل، المطبعة العصرية - الموصل ١٩٦٥.

٤. التوراة سفر تشية الاشتراع والتكوين من الكتب المقدسة، المطبعة الامريكية - بيروت ١٩١٣م.

٥. القرائون والريانون، مراد فرح، مطبعة الرغائب - القاهرة ١٩١٨م.

٦. الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للاسرائيليين، مسعود حاي بن شمعون، طبعة القاهرة ١٩١٢م.

#### • المراجع للمسيحية:

١. أنجيل متي، أنجيل لوقا، أنجيل مرقس، كتاب العهد الجديد ليسوع المسيح ط/٣ مطبعة الزمان - بغداد ١٩٥٦.

٢. المجموع الصفوي.

٣. قواعد الأرمن الأرثوذكس، الدكتور اهاب حسن اسماعيل.

٤. قواعد الروم الأرثوذكس، الدكتور اهاب حسن اسماعيل.

٥. حياة السيد المسيح، فاروق الدملوجي.

٦. انحلال الزواج في شريعة الأقباط الارثوذكس للدكتور اهاب حسن اسماعيل ١٩٥٩م.

#### • الأحوال الشخصية لغير المسلمين:

١. الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين وللأجانب للدكتور أحمد سلامة ط/٧، ١٩٦٢.

٢. أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين للدكتور توفيق حسن فرج ط/١، ١٩٦٢.

٣. أحكام الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين، حلمي بطرس. الأحوال الشخصية لطوائف غير الإسلامية من المصريين في الشريعتين (المسيحية والموسوية) للدكتور محمد محمود نمر ألفي.

٤. الأحوال الشخصية لغير المسلمين الوطنيين والأجانب، - محاضرات، الدكتور جميل الشرقاوي.
٥. انحلال الزواج في حياة الزوجين في التشريعات الأوربية الدكتور جميل الشرقاوي.
٦. تطور قانون الطلاق في أوروبا الدكتور سيمسون.
٧. القوانين والأحكام السياسية في التشريع السوفيتي ١٩٧٢.
٨. القانون الدولي والملي الخاص مستر فردريك كودي.
٩. الأحوال الشخصية للأجانب الدكتور جميل خنكي.
١٠. الزواج قيامه. آثاره. انقضاؤه في القانون الفرنسي. الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي.
١١. مجلة عائلة اليوم الصادرة من الفاتيكان العدد السابع ١٩٨٤.
١٢. المراجع الأخرى المذكورة في الهوامش.

#### • التشريعات العراقية القديمة:

١. قانون أورنمو.
٢. قانون أشنونا.
٣. قانون لبث عشتار.
٤. قوانين حمورابي.
٥. القانون الحيشي.
٦. القوانين الآشورية الوسيطة.

#### • الترجمة، والتعليق، والشرح للتشريعات العراقية القديمة:

١. الدكتور محمود الأمين، قوانين حمورابي، مستل من مجلة كلية الآداب عدد (٣) كانون الثاني - بغداد ١٩٦١م.
٢. الدكتور فوزي رشيد، الشرائع العراقية القديمة ط دار الحرية - بغداد ١٩٧٩م.
٣. الدكتور عامر سليمان، القانون العراقي القديم.
٤. الدكتور صبيح مسكوني، تاريخ القانون العراقي القديم.
٥. الأستاذ عبده حسن الزيات، مجلة القضاء، السنة الثانية، العدد الخامس، كانون الأول ١٩٣٦م.
٦. الدكتور إبراهيم عبد الكريم الغازي، تاريخ القانون في وادي الرافدين والدولة الرومانية.

#### • المراجع التاريخية

١. أدوارد وستر مارك، قصة الزواج، ترجمة عبد المنعم الزبيدي. أحمد أمين، فجر الإسلام.



٢. ابن حبيب (أبو جعفر محمد بن حبيب البغدادي)، المحرر، مطبعة حيدر آباد الدكن الهند ١٣٦١هـ.
٣. الألويسي (عمود شكري)، بلوغ الأرب في معرفة أحوال العرب. شرح وتصحيح وضبط بهجت الأثري، المطبعة الرحمانية ١٩٢٤م.
٤. الأصبهاني (علي بن الحسين الأصبهاني) كتاب الأغاني. مصور عن طبعة دار الكتب.
٥. أحمد شلبي، مقارنة الأديان (الهند الكبرى).
٦. بواقيم ميخائيل، تاريخ القانون في مصر.
٧. توفيق السويدي العباسي، حقوق الرومانيين، طبعة الفلاح ١٩٢٢م.
٨. الدكتور جواد، تاريخ العرب قبل الإسلام.
٩. حامد عبد القادر، قادة الفكر في الشرق والغرب.
١٠. الدكتور عبد الوهاب عزام
١١. إيران في عهد الساسانيين.
١٢. الدكتور يحيى الخشاب.
١٣. فاروق الدمولوجي، الألوهية في المعتقدات الوثنية.
١٤. محمد حافظ صبري، المقارنات والمقابلات ط ١/، ١٣٢٠هـ - ١٩٠٢م.
١٥. المحمصاني (الدكتور صبحي المحمصاني)، الأوضاع التشريعية في الدول العربية، ماضيها وحاضرها ط ٣/، ١٩٦٥م.
١٦. الدكتور محمد سلام زناطي (المرأة عند قدماء اليونان) (المرأة عند الرومان)، دار الجامعات العربية للطباعة ١٩٥٨م.
١٧. الميداني (أبو الفضل أحمد بن محمد النيسابوري)، مجمع الأمثال ط القاهرة ١٣٤٤هـ.
١٨. محمد عبد السلام، فلسفة الهند القديمة (ثقافة هندية) ط ١٩٥٣م.
١٩. نورمان (الدكتور بالمر)، النظام السياسي في الهند ترجمة وتقديم الدكتور عمود فتح الله، تصوير حسن جلال العروسي.
٢٠. وليام لانجر، موسوعة تاريخ العالم، أشرف على ترجمته الدكتور محمد مصطفى زيادة.
٢١. ول ديوارنت، قصة الحضارة.

#### • القانون الروماني وشروحه:

١. مدونة جوستنيان في الفقه الروماني، ترجمة الدكتور عبد العزيز فهمي ط ١٩٤٦م.
٢. الدكتور شاب توما، القانون الروماني.
٣. الدكتور عمود مصطفى، القانون الروماني، ط ٣/، ١٩٥٩م.

٥٤٠ ..... مدى سلطان الإرادة في الطلاق في الشرائع والقوانين والأعراف

٤. الدكتور عبد المنعم البدرلوي مبادئ القانون الروماني (تاريخه ونظمه) طبع دار الكتاب العربي مصر ١٩٥٤م.

#### • للمراجع:

١. الموسوعة الميسرة، دار القلم ومؤسسة فرانكلين للطباعة والنشر - القاهرة ١٩٦٥م.
٢. دائرة المعارف القرن العشرين، والقرن الرابع عشر، تأليف محمد فريد وجدي، مطبعة دار المعارف القرن العشرين - القاهرة.
٣. دائرة المعارف، تأليف المعلم بطرس البستاني، طبعة بيروت ١٨٧٦م.

#### • للمراجع باللغات الاجنبية:

##### ١. اللغة الانكليزية

1. American Family Law in Transition by walter O. wegraun and sanfordn. Katz (1983). □
2. divorce In ENGLAND  
relevant Statutes  
D. R..a 69 Law of divorce reformeD By divorce  
ReForm act 1969  
m.c.a 73 law of dlvrce consoliDateD matri - □  
monial causes ast. 1973  
m.p.a 84 amendmets matrim onial  
proceedinGs ast 1984

##### ٢. اللغة الالمانية

dr. KhaLiL aBBASI  
die rechTli che sTeLLunG Der fraus. 72-74  
KOLN - 1965

##### ٣. اللغة الروسية

a.m. Hezaeba. BpaK, cem6 JL, 3aKoH.  
HOCKba1984c.58-73

##### ٤. اللغة الفرنسية:

1. Traite eLementaire du dorit: pLaniol, ripert & bouLanger civil t. 1, paris 1949
2. Le bras: divorce et separtion de corps dans Les  
LegisLations positives. Europe, paris 1952M. □